J. pract.
83
Z

J. pract.
83 Z

Gmelin

HOFRATH

FREIHERR VON LA SOLLAYE.

30 x.

Die Lehre
vom
materiellen Concurs der Gläubiger
in ihrem Zusammenhange
aus den ächten Grundsäzen vorgetragen

von
Christian Gmelin
Hochfürstlich Brandenburgischen Hofrath, der Rechten Doctor und ordentlichen öffentlichen Lehrer auf der Friedrich = Alexanders Universität, wie auch Mitglied der königlichen deutschen Gesellschaft zu Göttingen.

Erlangen
bey Wolfgang Walther 1775.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorbericht.

Diese kleine Abhandlung, welche ich hier dem Publikum vorlege, ist durch einige Processe veranlasset worden, welche mir als Beysitzern der hiesigen Juristen Fakultät, zur Relation und Ausarbeitung, überlassen wurden. Ich habe bey dieser Gelegenheit gefunden, daß, ob gleich die Lehre vom Concurs von den Zeiten des berühmten Spanischen Rechtsgelehrten Franzens Salgado de Samoza, Senators in der königlichen Canzlei

zu Valladolid *a*), an, biß auf unsere Tage *b*), so wohl im ganzen, als in einzelnen Theilen derselben, durch eine fast unzählbare Menge Schriften erkläret worden ist, doch noch hin und wieder verschiedene Gegenstände angetroffen werden, die einer nähern Bestimmung und Auseinandersetzung bedörfen. Menschliche Wissenschaften, so weit sie auch getrieben werden, müssen stets unvollkommen bleiben, und das Gepräge der Menschheit an sich tragen. Fast alle, die über das Ganthwesen

a) Sein weitläuftiges Werk ist zu Frankfurth unter folgenden prächtigen Titul wieder aufgelegt worden: FRANCISCI DE SALGADO DE SAMOZA in regali Cancellaria Vallisoletana quondam Senatoris Labyrinthus Creditorum concurrentium ad litem inter debitorem communem inter illos causatam. Tomi duo Francofurti 1663.

b) Hieher gehören die Schriften eines Mevius, Brunnemanns, Stryckens, Ludovici und noch vieler anderer, welche meistentheils in LIPPENII bibliotheca iuridica reali Leipzig 1757. voce Cessio bonorum bemerket sind.

wesen geschrieben haben, führen die Eintheilung des Concurses in den formellen nnd materiellen (in formalem et materialem) an, und keiner hat diese wichtige Lehre, welche in denen Gerichten fast täglich zur Entscheidung gebraucht wird, in ihrem Zusammenhange, aus ihren ersten Grundsätzen geleitet, vorgetragen. Es sey weit von mir entfernt, mich zu rühmen, daß ich dieses geleistet hätte. Ich bin für die Geburten meines Geistes nicht mit blinder Liebe eingenommen, und sehe alle Gebrechen wohl ein, die sie an sich tragen. Diese Abhandlung soll für nichts mehr oder weniger als für einen Versuch gelten, in wie weit man in dieser praktischen Lehre, die bisher so schwankend und unbestimmt gewesen, gewisse allgemeine Grundsäze festsetzen, und die Reguln, welche die Rechtsgelehrten beym materiellen Concurs hier und da fürgeschrieben haben, als Folgen dieser Grundsäze, auf ihre Quelle zurücke führen könne. Aus diesen Gesichtspunkt muß von billigen und verständigen Lesern diese kleine Schrift,

die ich vor kurzer Zeit als eine akademische Streitschrift herausgegeben hatte, beurtheilet werden. Hier habe ich die ganze Materie wieder umgearbeitet, noch verschiedenes hinzugefügt, worauf ich durch weiteres Nachdenken und Erfahrung geführet worden bin, anderes mehr berichtiget, und sie in der Sprache geschrieben, die auch Ungelehrte verstehen. Ich hoffe, daß mich niemand deßwegen tadeln werde. Erlang auf der Friederichs-Alexanders Universität den 16ten May 1775.

Der Verfasser.

§. 1.

Der Begrif des Concurses der Gläubiger wird entwickelt.

Wenn mehrere Gläubiger wider einen Schuldner ihre Schuldforderungen gerichtlich ausklagen, so sagt man, daß sie zusammen lauffen, oder mit einander concurriren *a*). Ein Concurs der Gläubiger sezt also mehrere, und zum wenigsten zween Gläubiger *b*) voraus, welche wider einen dritten ihre Rechte bey dem Richter verfolgen. Es versteht sich von selbsten, daß wir hier von einem solchen Schuldner reden, dessen sein Vermögen zu der Befriedigung seiner Gläubiger nicht zureichend ist *c*). Bey einem solchen Concurs aber kann es nicht anderst seyn, als daß die Gläubiger, weil

sie nicht alle bezahlt werden können, unter sich selbst über den Vorzug ihrer Forderungen streiten. Hier muß also der Richter gemeiniglich entscheiden, wem unter ihnen bessere und vorzüglichere Rechte zustehen, und die Ordnung der Gläubiger durch eine besondere Urthel, welche die Locationsurthel genennet wird, den Gesetzen gemäß bestimmen. Der Concurs ist also gleich vorhanden, so bald mehrere Gläubiger wider einen Schuldner, dessen Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht mehr zureicht, auftreten, ihn gerichtlich belangen, und einer vor dem andern bezahlt seyn will *d*). Er nimmt daher nicht erst von der erlassenen Edictalcitation seinen Anfang. Schon Salgado *e*) hat dieses anerkannt, wenn er gleich diese Art des Concurses von dem eigentlichen Concurs, wo der Schuldner sein Vermögen an die Gläubiger abgetreten hat, wieder absondert, und dieß vielmehr den Streit der Gläubiger (litem creditorum, pleito de acreedores) genennt haben will, wenn vor der Abtretung der Güter die Gläubiger einander den Vorzug ihrer Forderungen streitig zu machen suchen. Jedoch dieser witzig ausgedachte Unterschied lauft in der Hauptsache, wie

der

der Herr von Leyser *f*) bemerket hat, auf eine blosse Spitzfindigkeit und Logomachie hinaus, und Salgado muß nachgehends selbst eingestehen, daß dieser Streit der Gläubiger in Ansehung derjenigen, welche den Schuldner gerichtlich belanget haben, alle die Würkung herfür bringe, welche der allgemeine Concurs auf alle und jede Gläubiger hat.

a) Nach der Lehre Böhmers in der dissertation de Concursu extra Concursum creditorum §. 1. welche unter seinen Exercitationibus ad Pandectas die 88ste ist im 5ten Band, heißt ein Concurs überhaupt der Zusammenlauf mehrerer Dinge. So giebt es einen Concurs von Klagen, Personen, Rechten, Dingen, Verbrechen.

b) In den Gesetzen ist die Frage nicht eigentlich bestimmt, wie viele Gläubiger zur Erregung eines Concurses erfodert werden. Inzwischen können zween hierzu hinlänglich seyn. Ludovici im Concursproceß Cap. 1. §. 2. not. a. J. G. Schaumburg in den Princip. Prax. Iurid. Iudic. L. 2. c. 8. §. 1. not. ****.

c) In der deutschen Sprache wird das Wort Ganth oft für Concurs gebraucht, ob es gleich in seiner eigentlichen Bedeutung sehr

davon verschieden ist. Verganthen heißt so viel, als die verschuldeten Güter zur Befriedigung der Gläubiger öffentlich verkaufen. Der Herr Geh. Reg. Rath **Hellfeld** hat in seinem Programm de bonis debitorum post eorum cessionem distrahendis §. 5. richtig bemerket, daß nach den meisten Proceßordnungen die abgetretene Güter durch eine öffentliche Auction an die Meistbiethende überlassen werden müssen; und daher kömmt es auch, daß Ganth und Concurs, besonders im gemeinen Leben, heut zu Tag für gleichbedeutende Wörter gehalten werden. Nach dem **Besold** im Thesauro practico sub voce Ganth, ist Ganth so viel als Aufschlag (Subhastatio), und dieses wird durch die in der Strasburgischen Stadtordnung befindliche Ausdrücke, Ganthhauß, Ganthkaufers Ordnung noch mehr bestätiget. Add. **Diether** in Contin. thesaur. pract. voce Ganth.

d) Herr v. **Wernher** in den Sel. Obs. forens. T. 1. P. 4. Obs. 146. n. 2. D. G. **Struben** in den rechtlichen Bedenken 4ter Theil 37stes Bedenken p. 82.

e) In Labyr. Cred. P. 1. C. 1. n. 5. von dieser Art des Concurses hat er im ganzen 4ten Capitel und im 16ten von n. 20. an gehandelt.

f) In Med. ad Pand. Spec. 478. med. 5. 6. 7. Hiebey verdient des ehemaligen Tübingischen

schen berühmten Rechtslehrers D. Schöpfsens Diss. de Concursu Creditorum particulari §. 21. gleichfalls nachgelesen zu werden.

§. II.

Die verschiedenen Meynungen der Rechtsgelehrten über den Anfang des Concurses werden erzählt.

Hier ist die Frage nicht davon, wie ein Concurs veranlasset werden könne *a*); sondern es kömmt bey der Untersuchung, die ich anzustellen habe, vorzüglich darauf an: wenn nimmt der Concurs eigentlich seinen Anfang? So leicht diese Frage aus demjenigen, was ich im vorhergehenden §. aus der Natur der Sache erörtert habe, entschieden werden könnte, so sind doch die Rechtslehrer in der Beantwortung derselben nicht übereinstimmend *b*). Einige behaupten mit dem Salgado *c*), daß der Concurs erst alsdann anfange, wenn der Schuldner sich erkläret habe, daß er seine Güter denen Gläubigern hingeben wolle *d*). Nach anderer Rechtsgelehrten Meynung aber, nimmt der Concurs seinen Anfang, wenn die Gläubiger bey dem Richter um die Formirung desselbi-

selbigen ansuchen. Andere endlich sezen seinen Anfang noch weiter hinaus, und glauben, er werde nicht früher begründet, als biß ein Vertreter der verschuldeten Güter, (curator bonorum) aufgestellet worden e). **Gribner** f) und mit ihm viele andere lehren, daß der Concurs gleich anfange, so bald mehrere Gläubiger bey einem und eben demselben Schuldner auf die Bezahlung gerichtlich dringen. **Ludovici** g) aber erfordert zu einem Concurs noch die Edictalcitation der Gläubiger. So sehr auch diese hier erzählten Meynungen einander entgegen und widersprechend zu seyn scheinen, so sind sie es doch im Grunde nicht, und die Verschiedenheit derselben rührt entweder daher, weil theils der Begriff eines Concurses bald enger bald aber ausgedehnter angenommen worden, theils aber auch einige der angeführten Schriftsteller von einzelnen wenigen Fällen ihren Lehrsaz abgezogen, und diesen hernach für allgemein ausgegeben haben.

a) Siehe Ludovici am angeführten Ort, wo er zugleich verschiedene Fälle dabey erörtert hat.

b) Leyser in Med. ad Pand. Spec. 428. med. 5, 6. Ludovici am angeführten Ort §. 14.

c) P.

c) P. 1. c. 4. §. 1.

d) Hierauf gründet sich die Königlich Preussische Hypothec- und Concursordnung Im §. 98. wird, wenn der Debitor bonis cediret, so viel den Effect betrifft, der Concurs von dem dato, da der debitor mit Exhibirung der Specification seines Vermögens sich zur Cession offeriret, sonst aber von dem Tage der Citation angerechnet.

e) Boenigke in Practica practicata c. 38.

f) In Principiis Processus Iud. L. 2. c. 9. §. 1.

g) Am angeführten Ort. §. 14.

§. III.

Der Concurs fängt an, so bald mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben.

Unstrittig wird ein Concurs der Gläubiger dadurch begründet, wenn mehrere Gläubiger wider den gemeinschaftlichen Schuldner ihre Forderungen eingeklagt haben, und weil nicht alle befriediget werden können, unter ihnen selbst nun gestritten wird, wer zuerst von ihnen sein Geld aus

des

des Schuldners Vermögen erheben soll? Dieser Concurs, wie ich hernach zeigen werde, ist schon mit mancherley vorzüglichen Eigenschaften versehen, welche nur in der Folge noch vermehret werden, wenn entweder der Richter eine Ladung vermittelst öffentlichen Anschlags an alle bekandte und unbekandte Gläubiger ergehen lässet, diese hierauf in dem Besiz der Güter einsezt, und endlich ein Vertreter der verschuldeten Güter, entweder von den Gläubigern, oder auch vom Richter, erwehlt wird, dem die Verwaltung der sämtlichen Güter aufgetragen ist. Selbst die freywillige Abtretung der Güter (beneficium cessionis bonorum), wenn der Schuldner dieser traurigen Rechtswohlthat würdig ist, äussert ihre besondere Würkungen sowohl auf die Gläubiger als den Schuldner *a*); denn jene, wenn die abgetretene Güter zu ihrer Befriedigung nicht zureichen, müssen mit ihren Ansprüchen an den gemeinen Schuldner warten, bis er wieder in bessere Umstände kommt, wenn so gar auch wider ihn die Vollstreckung des Urthels schon erkannt worden wäre *b*), dieser hingegen wird durch die Abtretung der Güter nicht nur von den Strafen befreyet,

wel-

welche auf geflissentliche Verschwender gesezet sind c), sondern ihm steht in Ansehung der Güter, welche er nach der Abtretung erst erworben hat, gegen die Gläubiger, welche schon zur Zeit der Abtretung vorhanden gewesen sind, die rechtliche Wohlthat des nothdürftigen Unterhalts (beneficium Competentiae) ohne Anstand zu d).

a) J. A. Hofmann in der deutschen Reichspraxi 2ter Theil 58stes Hauptst. §. 1223.

b) Freyherr von Cramer in den Obs. Iur. Vniv. T. I. Obs. 404. p. 868.

c) Denn sonst könnten ihn die Gläubiger die durch ihn betrogen werden, ins Gefängniß sezen lassen; l. 1. C. qui bonis cedere possunt, so wird auch derjenige Schuldner, der zu dieser Rechtswohlthat seine Zuflucht nehmen kann, nicht ehrloß. l. 11. C. ex quibus caussis infam. irrog. wenn gleich sein guter Name einigermassen dadurch geschwächt wird. Mevius P. 1. Dec. 112. n. 8. Siehe Frommanns Diss. de levis notae macula. th. 29.

d) l. 6. et 7. ff. de cessione bonorum. Die Lehre vom beneficio competentiae hat der Herr geheime Regierungsrath Hellfeld in seiner Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure besonders in ein deutliches Licht gesezt.

§. IV

§. IV.

Die Beschreibung des materiellen Concurses.

Um nun aber auf dasjenige, was der eigentliche Endzweck dieser Schrift ist, wieder zurücke zu kehren, so ist zwar der Richter, so bald mehrere Gläubiger zum Vorschein gekommen sind, und er sieht, daß nicht alle aus der Masse der Güter ihre Befriedigung erhalten können, vermöge seines Amtes dahin angewiesen, den würklichen Concurs förmlich zu eröffnen, durch eine Edictalcitation die Gläubiger des gemeinen Schuldners zusammen zu beruffen, und die sonst erforderlichen Anstalten hierzu zu treffen *a*): dessen ohngeachtet aber fängt doch der Concurs nicht erst hier an, sondern von der Zeit, da einige Gläubiger auf die Bezahlung ihrer Schuldposten gedrungen haben, muß der Anfang desselben mit Bestand Rechtens angenommen und festgesezet werden. Zwar empfängt der Concurs durch die an die Gläubiger erlassene Edictalcitation wieder neue Eigenschaften, die er zuvor nicht hatte (§. 3.), wird durch

diese

diese allgemein, und verbreitet sich über alle Gläubiger *b*). Inzwischen aber ist doch allezeit ein Concurs schon vorher unter denjenigen Gläubigern gewesen, die sich bey dem Richter ihrer Schuldforderungen wegen gemeldet, und über ihre Rechte gewachet haben. Diesen Concurs nun, weil er von dem Richter noch nicht förmlich eröffnet worden, auch daher nicht alle die Würkungen herfürbringen kann, welche durch die von dem Richter erlassene Edictalcitation erzeuget werden, nennen die Rechtsgelehrte den materiellen (materialem) *c*) um unter diesen Namen von dem förmlichen Concurs [concursu formali] ihn abzusondern. Jedoch sagen einige, daß ein Concurs nur bevorstehe, wenn das Vermögen des Schuldners nicht mehr zureichend ist, alle Gläubiger, die bezahlt seyn wollen, zu befriedigen, und daß der materielle Concurs erst alsdenn anfange, wenn entweder einige Gläubiger des Schuldners Vermögen mit Arrest beschlagen haben, oder aber der Schuldner selbst sein Unvermögen dem Richter vorgestellet hat *d*).

a) J. St. Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen aus allen Theilen der in Deutschland übli-

üblichen Rechtsgelehrsamkeit 1ster Band Dec. 149. n. 8. et 9.

b) Deßwegen fängt auch der allgemeine Concurs erst mit der Edictalcitation an. Oelze de Creditore sibi vigilante §. 4. Jedoch wenn bey den höchsten Reichsgerichten über einen unmittelbaren ein Concurs eröffnet wird, so hat man sich wohl dabey fürzusehen, damit nicht unter dem Vorwand einer continentiae caussarum, die Processe mittelbarer Personen mit Uebergehung der ordentlichen Instanzen gleich an die höchste Reichsgerichte gezogen werden. Hieher gehören die vermischten Briefe vom Cammergericht p. 85. Pütter in nova epitome processus Imperii amborum supremorum tribunalium L. 3. C. 4. §. 283. p. 194.

c) Herr Professor Oelze in der Diss. de creditore sibi vigilante §. 1. heißt dieß einen materiellen Concurs, wenn mehrere Gläubiger wider einen Schuldner klagen, und aus dessen Gütern bezahlt seyn wollen, ohne daß sie noch unter einander über die Priorität streiten.

d) Schaumburg in den Princ. Prax. Iurid. Iud. L. 2. c. 8. §. 1.

§. V

§. V.

Der förmliche Concurs nimmt erst mit der Edictalcitation seinen Anfang.

Ohne mein Erinnern sieht jedermann leicht ein, daß in dieser Abhandlung der materielle Concurs dem allgemeinen, welcher eigentlich der förmliche genennet wird, und mit der Edictalcitation seinen Anfang nimmt, entgegen gesezet werde. Ehe aber der Richter den allgemeinen Concurs eröffnet, werden die über ihre Rechte wachsame Gläubiger, wenn der Schuldner nicht selbsten freywillig ihnen seine Güter abtrit, auf besonderes Ansuchen in den Besiz derselben eingewiesen, um zu verhindern, damit der Schuldner den Rest derselben nicht auch, wie seine schon verschwendete Mittel, noch durchbringe. In eben dieser Absicht können sie auch, wie es besonders in Sachsen gebräuchlich ist, das Vermögen des Schuldners mit Arrest beschlagen, oder um Sequestration desselben bitten. Durch die Einweisung aber erhalten die Gläubiger den Besiz desselben, verwalten es, und können wie Herr Professor Oelze *a*) sagt,

nach geendigten Prioritätsstreit durch die Distraction dieser Güter sich bezahlt machen. Der förmliche Concurs fängt also weder von der Einweisung der klagenden Gläubiger in die verschuldeten Güter *b*), noch von der freywilligen Abtretung derselben von Seiten des Schuldners an, sondern wird erst durch die von dem Richter, besonders der unbekannten Gläubiger wegen *c*), erlassenen Edictalcitation begründet *d*). [§. 4.]

a) In Diss. de Creditore sibi vigilante §. 7.

b) Welche auch den übrigen Gläubigern zu statten kömmt, wenn sie gleich nicht darum angesuchet haben. In der L. 12. ff. de rebus auctoritate jud. possid. hat Paulus diese Frage deutlich entschieden. Cum unus ex Creditoribus postulat, in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest? an cum unus petit, et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus, et in rem permissum videri. Quod et Labeo putat. add. Leyser in Med. ad Pand. Spec. 495. med. 10. et 11.

c) C. G. Knorrens Anleitung zum gerichtlichen Proceß 3tes Buch 7tes Hauptst. §. 7.

d) Herr geheimer Regierungsrath Hellfeld in seiner Iurispr. forens. Sec. Pand. Ord. T. 2. L. 42. Tit. 5. §. 1813.

§. VI.

Durch die Abtretung der verschuldeten Güter werden die Gläubiger nicht Eigenthümer derselben.

Dadurch aber, daß die ganze Substanz des Gemeinschuldners, das Kleid, das er auf seinem Leibe trägt, allein davon ausgenommen, auf die Gläubiger übertragen wird, erhalten die Gläubiger das Eigenthum dieser Güter deßwegen noch nicht. Einige Rechtslehrer stehen zwar in der Meynung, daß der Schuldner, wenn er die Güter den Gläubigern abtrete, selbige gleichsam an Zahlungsstatt ihnen hingebe, und daß also die Cessio bonorum eine Art einer dationis in solutum sey. Diese Meynung aber, wie Herr **Hellfeld** *a)* dargethan hat, ist denen Gesezen gänzlich entgegen, welche den Schuldner so lang als die Güter noch nicht verkauft sind, noch immer

für den Eigenthümer der abgetretenen Güter erkennen *b*), und zudem noch ausdrücklich verordnen, daß die Gläubiger nicht für sich selbst [propria auctoritate] die Güter unter einander austheilen, noch selbige als ein Eigenthum sich zueignen sollen *c*). Daher, wenn diese Güter nun von den Gläubigern distrahiret werden, so sind diese nicht nur als Gevollmächtigte des gemeinen Schuldners anzusehen, sondern müssen auch bey dem Verkauf derselben treulich und ohne Gefährde handeln, sie nach ihren wahren Werth verkaufen *d*) und den Ueberrest der Kaufgelder, wenn sie das ihrige erhalten haben, dem Schuldner wieder zustellen *e*). Daher sind sie dem Käufer zur Gewährleistung nicht verbunden *f*) und der Käufer hat sich dieserhalben an den Schuldner, in dessen Namen die Güter eigentlich verkauft worden sind, zu halten; auch ist dieser berechtiget, wenn gleich der Concurs bereits formirt wäre, die Güter aber dem Käufer noch nicht zugesprochen worden sind, die abgetretene Güter wieder zurücke zu nehmen, und durch die anerbotene Zahlung sich von dem wider ihn verhängten Concurs gänzlich frey zu machen *g*).

a) In

a) In dem Programm de bonis debitorum post eorum cessionem distrahendis.

b) l. 3. ff. de cessione bonorum. Hier heißt es ausdrücklich: Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem ubique bonis suis non caret. Quare si paratus fuerit se defendere, bona ejus non veneunt.

c) l. 4. C. qui bonis cedere possunt.

d) l. 4. 7. 9. 10. C. de distract. pign. l. 14. §. ult. D. de pignor. act.

e) l. 8. ff. de distrah. pignor. l. 24. §. 11. ff. de pignor. act.

f) Es wäre denn, daß sie die Gewährleistung versprochen, oder wissentlich eine fremde Sache, oder die Güter des Schuldners für ihre eigene verkauft hätten.

g) l. 3. ff. de cessione bonorum. Freyherr von Cramer in den Tom. 3. der Obs. Iur. univ. Obs. 829. p. 221. Stryck über Brunnemanns Buch de Concursu Cred. C. 1. §. 4. in not.

§. VII.

Der heutige Concursproceß ist seiner Form nach von dem römischen ganz verschieden.

Der heutige Concursproceß ist übrigens von dem römischen seiner Form nach sehr verschieden, so wie überhaupt unser Proceß von dem römischen in vielen Stücken abweicht. Der Concursproceß, wie er in unsern Gerichten behandelt wird, hat theils durch die römische Geseze, theils durch das Canonische Recht, theils durch die deutsche Geseze, die Observanz und die Zusäze der Rechtsgelehrten seine nunmehrige Gestalt erhalten. Hier ist der Ort nicht, mich in eine Schilderung desselben einzulassen. Bey dieser Gelegenheit aber will ich nur diese einzige Bemerkung machen, daß dasjenige, was die äusserliche Form des Concursprocesses anbetrifft, nicht allein, und am wenigsten aus den römischen Gesezen bestimmt werden kann, sondern gröstentheils aus den übrigen genannten Quellen hergeleitet werden muß, da hingegen das wesentliche des Concurses, so wie auch die

Ein-

Eintheilung desselben in den förmlichen und materiellen, zwar nicht den Worten nach, aber doch in der Sache selbst, in den römischen Gesezen guten Grund hat.

§. VIII.

Der materielle Concurs ist ein besonderer Concurs (concursus particularis.)

Nach demjenigen, was ich schon im vierten Paragraphen gesagt habe, entstehet alsogleich ein Concurs, wenn einige Gläubiger auf ihre Bezahlung gerichtlich dringen, und einer vor dem andern befriediget seyn will. Dieser Concurs aber kann sich noch nicht auf alle Gläubiger erstrecken, sondern er geht nur diejenige an, die ihre Klage wider den Schuldner bey dem Richter angebracht haben. Durch die Edictalcitation erst, vermittelst welcher der Richter alle Gläubiger des Schuldners zusammen beruft, wird er allgemein; und deswegen kann man den materiellen Concurs ohne Anstand auch einen besondern Concurs [concursum particularem] im Gegensaz gegen den allgemeinen heissen *a*). Sonst

 aber

aber bedeutet der besondere Concurs einen solchen, der nur auf einen Theil der Güter eingeschränket, und nur unter gewissen Gläubigern anhängig ist. Dieses aber kann sich ereignen, wenn die Güter entweder in verschiedenen Ländern liegen, oder aber die Gläubiger in Betracht gewisser Kaufmannswaaren Geld vorgeschossen, oder sonst geborgt haben, und sie sich nun an diese Waaren besonders halten, oder auch wenn der Schuldner ohne Abtretung der Güter in verschiedenen Gerichten belangt worden ist; und so kann auch die Absonderung der Güter zu besondern Concursen Anlaß geben *b*).

a) Hofmann in der deutschen Reichspraxi 2ter Theil 58stes Hauptst. §. 1230.

b) Hievon hat der seelige tübingische Rechtslehrer D. Schöpff in seiner Diss. de concursu creditorum particulari §. 4. ausführlicher gehandelt. Nicht weniger hat auch der Herr Professor Hofmann am angeführten Ort noch mehrere Fälle erzählet, wo der besondere Concurs statt haben kann.

§. IX.

§. IX.

Der Concurs erzeugt eine Gemeinschaft unter den Gläubigern.

Weil also der materielle Concurs, nach dem vorhergehenden §. ein besonderer Concurs ist, so muß er auch in seinen Umfang alle die Würkungen haben, die durch die Natur des Concurses überhaupt erzeugt werden, und welche dem allgemeinen Concurs ebenfalls zustehen. Hier also müssen wir den Begrif des Concurses durch den Weg der Abstraction entwickeln, und dasjenige, was zum Concurs nicht eigentlich gehöret, sondern öfters zufälliger Weise bey ihm angetroffen wird, davon absondern. Ich mag einen Concurs der Gläubiger betrachten, in welchem Verhältniß ich will, so finde ich allezeit, daß er eine gewisse Gemeinschaft *a*) unter den Gläubigern, welche aus den verschuldeten Gütern bezahlt seyn wollen, verursacht. Alle nemlich, biß der Richter unter ihnen selbst den Streit über die Vorzüge, die ein jeder sich anmassen will, entschieden, und bestimmet hat, wer vor dem andern bezahlt seyn soll? alle

Gläu-

Gläubiger sind in so weit durch ein gemeinschaftliches Interesse mit einander vereiniget. Und diese Gemeinschaft, welche durch die Einweisung in die verschuldeten Güter nachgehends noch mehr unter den Gläubigern befestiget wird b), verhindert so gar den Richter gleich nach entstandenen Concurs ein anderes vorhin eröfnetes und rechtskräftiges Urthel zu vollstrecken c). In so fern also haben die Gläubiger unter sich alle gleiche Rechte, biß der Richter einen jeden seine Stelle angewiesen hat. Und weil endlich diese Gemeinschaft aus dem gemeinschaftlichen Interesse der Gläubiger entspringt, so können auch diejenigen Gläubiger, welche in dieser Gemeinschaft stehen, die Veräusserungen, welche der Schuldner zu ihrem Nachtheil vorgenommen hat, öfters gemeinschaftlich zurücke ruffen, und der Gütervertreter ist in dieser Absicht im Namen der Gläubiger, die Paulianische Klage anzustellen, befugt d).

a) Böhmer T. 3. P. 2. Consult. 452. n. 4. et P. 3. Cons. 697. n. 3.

b) Denn hier werden die Gläubiger gemeinschaftlich in den Besitz derselben eingesetzet, und von

von dieser Zeit an, wie ich schon gezeigt habe, ist der Schuldner ausser aller Activität, und nicht mehr vermögend, einen Gläubiger zu bezahlen, oder ihm auch nur den geringsten Vortheil zuzuwenden. l. 6. §. 7. ff. quae in fraudem credit. Hier heißt es: qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque caeteris creditoribus, neque enim debuit praeripere caeteris post bona possessa, cum jam par omnium conditio facta esset.

c) Struben in den rechtlichen Bedenken 4ter Theil 37stes Bedenken, wo folgende merkwürdige Entscheidung enthalten ist: weil nach entstandenen Concurs kein vorhin anderes rechtskräftiges Urthel exequirt werden mag, und in selbigem auch Exceptiones altioris indaginis, wider liquide Forderungen zu admittiren sind, überdem zur Zeit des abgegebenen Amtsbescheides bereits viele Gläubiger auf ihre Bezahlung gedrungen, und der Schuldner ausser Stand gewesen, sie zu befriedigen, mithin zu deren Nachtheil niemanden etwas zuerkannt werden mögen; Liquidant auch ad Concursum provociret hat, so ist derselbe auf die liquidatische Reconvention sich einzulassen schuldig, und nicht befugt des Cridarii Bücher lite pendente zu veräussern.

d) l. 1. ff. de his, quae in fraud. Cred. add. l. 10. pr. ff. ejusd.

§. X.

§. X.

Die verschiedenen Rechte, welche bey dem Concurs angetroffen werden, müssen sorgfältig von einander abgesondert werden. Die wesentliche Eigenschaften des Concurses sind in der unter den Gläubigern eingeführten Gemeinschaft gegründet.

Und diese Gemeinschaft ist der Grund aller derjenigen Rechte, die dem Concurs eigen sind. Diese trift man daher bey einer jeden Art des Concurses an, es sey nun ein allgemeiner oder besonderer, ein förmlicher oder materieller Concurs. Diejenige Rechte, welche aus dieser Gemeinschaft nicht hergeleitet werden können, gehören zu dem Concurs als Concurs nicht, und werden bald wahrgenommen, bald vermißt, nachdem die Umstände es mit sich bringen. So folgt es keineswegs aus dem Begriff eines Concurses, daß die meisten Veräusserungen, welche der Schuldner nach entstandenen Concurs unternommen hat, nichtig und unkräftig sind; denn wenn dieses

ses wäre; so müßten auch die Veräusserungen, welche der Schuldner gleich nach entstandenen materiellen Concurs gemacht hat, eben so ungültig seyn, die doch, wie ich unten zeigen werde, vor dem gerichtlichen Verbote und der Einweisung der Gläubiger in des Schuldners Vermögen nicht nur immer gültig sind, sondern auch bisweilen auf keine Weise mehr umgestossen werden können. Diese Würkung ist einer ganz andern Ursache beyzumessen. Wenn der Richter zur Sicherheit der Gläubiger die verschuldete Güter mit Arrest belegt, oder wohl gar den Schuldner aus dem Besiz derselben sezet, und die Gläubiger dafür einweiset, alsdenn aber ein Vertreter der Güter bestellet wird, der die Verwaltung des Vermögens besorgen muß, so wird der Schuldner ausser aller Thätigkeit, in Rücksicht auf sein Vermögen gesezet, und er kann so wenig in Ansehung seiner Güter ausrichten, als der gerichtlich erklärte Verschwender, oder der Minderjährige ohne Vormund zu thun vermag. Auf eben diese Weise, wie ich schon bemerket habe, bringt die Edictalcitation, durch welche der Richter den allgemeinen Concurs eröffnet,

das

das beneficium cessionis, zu dem ein unglücklicher Schuldner seine Zuflucht nehmen kann, wieder andere und verschiedene Würkungen herfür, welche öfters für Würkungen des Concurses selbst fälschlich ausgegeben werden.

§. XI.

Die Grenzen dieser Gemeinschaft werden bestimmet.

Die verschiedene Rechte also, welche dem Concurs eigen sind, und welche bey einem jeden Concurs der Gläubiger statt finden müssen, haben ihren Grund in der unter den Gläubigern entstandenen Gemeinschaft [§. 9.]. Aus dem aber, was ich bereits gesagt habe, lassen sich auch die Grenzen dieser Gemeinschaft leicht bestimmen. Erstlich werden durch sie die Vorzüge und besondere Rechte, welche einem Gläubiger seiner Forderung wegen zukommen, weder aufgehoben, noch die Rechte der Gläubiger einander dergestalt gleich gemacht, daß diese alle deswegen von einerley Gehalt werden müßten; sondern die Gleichheit, welche durch sie eingeführt wird,

währt

währt nur so lange, als der Grund davon die Gemeinschaft fortdauert; wenn aber diese aufhört, und der Concursproceß zu Ende gegangen ist; so werden auch die Gläubiger nach der Beschaffenheit ihrer Schuldforderungen nach der Ordnung von dem Richter befriediget *a*). Zweytens aber ergiebt sich auch hieraus, daß, ob sie schon ein gemeinschaftliches Interesse haben, und durch dasselbige auf gewisse Art mit einander verbunden sind, sie deswegen doch keine Streitsgenossen [litis consortes] werden. Denn die Genossenschaft kann nach der Lehre des Herrn Reichshofraths von **Berger** *b*) weder nach der Gemeinschaft des Interesse, noch des Richters, vor welchem bey dem allgemeinen Concurs sich alle Gläubiger einlassen müssen, beurtheilet werden; sondern sie entstehet aus der Gemeinschaft der Sache selbst. Alle Gläubiger zwar haben so lange der Concurs fortdauert, ein gemeinschaftliches Interesse, und vermöge desselben können sie sich vereinigt entgegen sezen, wenn für sie etwas nachtheiliges entweder von dem Richter oder dem Schuldner vollzogen werden sollte; ein jeder von ihnen hingegen hat für sich eine

besondere Klage, welcher Grund von der übrigen meistentheils ganz verschieden ist. Zudem aber wäre es noch sehr widersinnig, wenn man diejenige Genossen nennen wollte, die unter sich selbst so wohl über die Richtigkeit, als die Vorzüge ihrer Forderung streiten. So richtig und gründlich diese Bemerkung ist, so nüzlich und anwendbar ist sie auch, und Herr von **Berger** hat sie durch folgendes Beyspiel nicht nur in ein vollkommenes Licht gesezet, sondern auch ihren practischen Nuzen dadurch gänzlich bestätiget. Wider ein Ganthurtheil also, in welchem Cajus z. E. in die zweyte Classe lociret worden, wird von einigen Gläubigern nachgehends Leuterung eingewendet, dieses Urthel aber dahin verbessert, daß dem Cajus eine bessere Bescheinigung binnen sächsischer Frist auferlegt wird: **Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß zuvöderist Cajus seine Forderung anderer Gestalt und besser, als geschehen, in sächsischer Frist zu bescheinigen schuldig.** Hierauf läßt es Cajus bey diesem Urthel bewenden, und vergleicht sich mit den Gläubigern, welche die Leuterung eingewendet

haben.

haben. Nun entstehet also die Frage, ob das Leuterungsurthel, wo dem Cajus eine bessere Bescheinigung auferlegt worden, dem Gütervertreter und übrigen Gläubigern in so weit zu statten komme, daß hernach, wenn Cajus seines Ungehorsams wegen angeklagt worden, gesprochen werden müßte: daß Cajus an der ihm auferlegten Bescheinigung sich nunmehr versäumet? Weil nun die Gläubiger unter sich, wie gezeigt worden ist, keine Streitsgenossen sind, so kann sich auch die von einigen eingewandte Leuterung auf die übrigen nicht erstrecken, und also diesen das Leuterungsurthel, als eine unter andern vorgegangene Sache, gar nichts angehen, bey welchen Umständen es mithin ohne weiteres bey dem ersten Locationsurthel sein Verbleiben haben muß, und Cajus nicht einmal mit einer weitern Bescheinigung beschwehrt werden kann.

a) Schöpff am angeführten Ort §. 3. Bardili Posit. Inaug. de judicio Concursus universali vulgo Ganthproceß C. 2. th. 65. Mevius P. 5. Dec. 124.

b) in den Electis Discept. forens. T. 34. Obs. 7. p. 806.

§. XII.

Nicht gleich nach entstandenen materiellen Concurs wird der. Schuldner in Rücksicht seines Vermögens ausser Thätigkeit gesezet.

Ich glaube nun den Begriff der Gemeinschaft, die mit dem Concurs der Gläubiger wesentlich verknüpft ist, meiner Absicht gemäß, hinlänglich auseinander gesezt und bestimmt zu haben. Um nun aber dem Entzweck, den ich mir fürgesezet habe, näher zu kommen, so will ich zuvor den materiellen Concurs nach seiner wahren Beschaffenheit betrachten, und alsdenn die Rechte, die auf demselben angewendet werden müssen, so wohl aus der Natur des Concurses überhaupt, als aus dem Verhältniß in welchem der Schuldner gegen seine Gläubiger, und diese unter einander selbst stehen, entwickeln und festsezen. Nicht gleich nach entstandenen materiellen Concurs wird der Schuldner in Rücksicht seines Vermögens ausser Thätigkeit gesezt; er kann seine Güter noch in seinen Händen haben, sie also auch noch gültig

tig veräussern, und das Eigenthum derselben auf andere ohne Anstand übertragen; um aber betrügerische Schuldner einigermassen im Zaum zu halten, und ihren Veräusserungen Ziel und Maaß zu sezen, haben die Geseze aus weisen Absichten gestattet, daß arglistige und den Gläubigern schädliche Veräusserungen wieder umgestossen werden können *a*). Und hierzu haben sie zum Vortheil der Gläubiger eine besondere Klage eingeführt, welche die Paulianische Klage genennet wird. Nach diesen hier vorgetragenen Bemerkungen kann also geurtheilet werden, in wie fern **Schaumburg** *b*) recht habe, wenn er lehrt, daß der Schuldner, so bald als einige Gläubiger wider ihn aufgetreten sind, ausser Stand sey, etwas von seinen Gütern zu veräussern. Ein Lehrsaz, der gewiß sehr unbestimmt ist, und wie Herr Professor **Hofmann** *c*) wohl dabey erinnert hat, mit Behutsamkeit angenommen werden muß.

a) l. 1. ff. de his, quae in fraud. cred. Quae fraudationis caussa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoravit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oporteb.t, intra annum, quo experiund-

 potei

potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, observabo.

b) In Principiis Praxeos Iurid. Iud. l. c. not. ** wo mehrere Schriftsteller zugleich angeführt sind.

c) In der Reichspraxis 2ter Band 58stem Hauptst. §. 1227. not. f.

§. XIII.

Daher können auch nach entstandenem Concurs fürgenommene Veräusserungen bißweilen ein Gegenstand der Paulianischen Klage seyn.

Ehe ich aber in meiner Untersuchung weiter fortschreite, so muß ich noch etliche practische Bemerkungen hersezen, durch welche das Verhältniß, in welchem der Schuldner gegen seine Gläubiger stehet, noch mehr beleuchtet wird; und hierzu ist die Lehre von der Paulianischen Klage die dienlichste. So bald der Richter durch ein Verbot, den Schuldner der freyen Verwaltung seines Vermögens entsezet hat, so hat er keine Macht noch Gewalt mehr über sein Vermögen zu gebahren *a*) [§. 10.] Alle

Ver-

Veräusserungen, die er unter diesen Umständen unternimmt, sind für sich selbst schon nichtig *b*); und bedörfen keiner Rescission, und die Gläubiger oder der Gütervertreter können ohne Unterscheid das solchergestalt veräusserte Gut von einem jeden Besizer vindiciren. Die Paulianische Klage muß demnach wider solche Veräusserungen gerichtet werden, die gültig sind, und zu einer Zeit noch unternommen wurden, da der Schuldner sein Vermögen in seiner Gewalt hatte. Hieraus nun ist leicht abzunehmen, daß von der Paulianischen Klage, diejenige Veräusserungen nicht so schlechterdings ausgeschlossen werden können *c*), welche erst nach entstandenen Concurs vollzogen worden sind. Diese können ohne Anstand bißweilen einen Gegenstand dieser Klage abgeben, wenn sie vor der Inhibition geschehen sind; denn nicht gleich, als einige Gläubiger sich gemeldet haben, wird dem Schuldner die Macht, sein Vermögen zu verwalten, entzogen. Er kann also das Eigenthum seiner Güter noch gültig auf andere übertragen; die Gläubiger hingegen können solche zu ihrem Schaden gereichende Veräusserungen in denen Fällen, wo es die Ge-

seze zulassen, mit der Paulianischen Klage anfechten; so können, wenn der Schuldner einen Gläubiger besonders vor den andern begünstiget, oder wie die Geseze reden, gratificiret hat, die zurückegesezte Gläubiger, wie ich unten erweisen werde, mit der Paulianischen Klage, dasjenige was einer von ihnen durch eine solche Begünstigung empfangen hat, zurücke rufen.

a) Hofmann in der deutschen Reichspraxi 2ter Theil 58stes Hauptst. §. 1228.

b) Schaumburg in den Elem. Prax. Iurid. Iud. L. 2. c. 8. §. 7. not. ****

c) Ich habe diese Bemerkung deswegen gemacht, weil viele ja fast alle Rechtsgelehrte lehren, daß nur die vor dem Concurs unternommene Veräusserungen durch die Paulianische Klage zurücke gerufen werden.

§. XIV.

Die Paulianische Klage sezt nicht nothwendig einen Concurs der Gläubiger voraus.

Ich halte es nicht für überflüssig bey dieser Gelegenheit noch eine andere Lehre

zu

zu berichtigen, welche von nicht mindern practischen Nuzen als die vorhergehende ist. Der seelige Geheimerath Böhmer *a*) lehrt, daß die Paulianische Klage bey dem Richter erst angebracht werden könne, wenn der Concurs würklich erregt worden, und ein Gütervertreter bestellt ist, von welchen hernach diese Klage meistentheils im Namen der Gläubiger angestellt wird *b*), weil diesem überhaupt die Herstellung der Gütermasse vorzüglich obliegt. Er gründet seine Meynung darauf, weil die Beschädigung, die durch die Veräusserung den Gläubigern zugefüget worden, und ohne welche die Paulianische Klage nicht statt hat, erst nach eröffneten Concurs sichtbar wird. Es ist auch nicht zu läugnen, daß aus dem erwehnten Grund die Paulianische Klage in den meisten Fällen erst nach dem entstandenen Concurs vom Gütervertreter angestellt wird. Allein hieraus läßt sich noch nicht der Schluß machen, daß diese Klage nothwendig einen Concurs voraus seze, und ohne diesen nicht angestellt werden könne. Der Grund derselbigen liegt nicht in Concurs selbst, weil sie schon vorher entstanden ist, und nur wegen eines zufälligen Hin-

dernisses nicht früher von den Gläubigern benuzt werden kann. Ein einziger Gläubiger kann, ohne einen Concurs anderer Gläubiger, diese Klage gebrauchen, wenn der Schuldner durch eine Schenkung oder andere betrügliche Veräusserung sein Vermögen dergestalt geschwächet hätte, daß er sich nicht mehr daraus erhohlen könnte *c*). Inzwischen bringt es doch die Natur der Sache mit sich, daß, eh der Schuldner von seinem Gläubiger ausgeklagt worden, und sich also noch nicht veroffenbahret hat, ob die Güter zur Tilgung der Schulden unzureichend sind, mit ihr unterdessen zurücke gehalten werden müßte *d*).

a) In doctrina de actionibus S. 2. c. 2. §. 27. pag. 154.

b) l. 1. pr. D. quae in fraudem. Cred.

c) G. A. Struv in Exerc. ad Pand. Exerc. 44. L. 42. tit. 8. th. 75.

d) Lauterbach in Colleg. Pand. Theor. Pract. P. 3. L. 42. Tit. 8. §. 11. l. 1. C. de revoc. his, quae in fraud. Cred.

§. XIV.

Umständlichere Beschreibung der Paulianischen Klage.

Ich überschreite die Grenzen dieser Abhandlung nicht, wenn ich hier die Natur der Paulianischen Klage, welche meistentheils nach erregten Concurs erst angestellet wird, etwas weiter aus einander seze *a*). Ohnstrittig ist die Klage selbst durch das Prätorische Edict eingeführt worden *b*), und eine Art einer restitutionis in integrum *c*), wenn sie wider denjenigen angestellet wird, welcher mit dem Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger sich eingelassen hat. Vermittelst derselben werden Veräusserungen umgestosen, welche noch vor der Abtretung der verschuldeten Güter, und der Einsezung der Gläubiger in dieselbe, der Schuldner unternommen hat, und das verlohrne Recht wird zugleich mit der dinglichen oder persönlichen Klage, welche daraus entsprungen ist, wieder durch sie hergestellt. Von der Verschiedenheit des Gegenstandes der Paulianischen Klage hängt es also ab, ob sie eine persönliche

oder

oder dingliche Klage sey. Persönlich ist sie, wenn der Schuldner einem andern eine Verbindlichkeit nachgelassen hat, dinglich hingegen, wenn er eine Sache von seinem Vermögen veräussert hat, welche durch sie zurück geruffen wird; und so können auch die einander zu widersprechen scheinende Geseze am besten und natürlichsten vereiniget werden *d*). Alle diejenige, welche durch Schenkung etwas von dem Schuldner empfangen haben, können mit dieser Klage belangt werden, jedoch so, daß sie wider die, welche von den betrüglichen Absichten des Schuldners nichts gewußt haben, nur in so weit gegeben wird, als sie durch die Schenkung reicher worden sind *e*). Diejenige, welche durch Kauf, Tausch und dergleichen von dem Schuldner etwas erhalten haben, können von den Gläubigern nur alsdann in Ansprache genommen werden, wenn sie selbst an den Betrug Antheil haben *f*). Ordentlicher Weise verlangen hier die Gläubiger die veräusserte Sache selbst mit allen zur Zeit der Veräusserung und nach der Kriegsbefestigung abgebrachten Früchten, doch ohne Zinsse, zurücke *g*), ohne dem Besizer dasjenige, was er

er dafür gegeben, zu vergüten *b*). Endlich wird auch diese Klage bisweilen wider den Schuldner, der die betrügliche Veräusserung vorgenommen hat *i*), gebraucht, und da dringen die Gläubiger auf die Bestrafung des arglistigen Schuldners, welche gemeiniglich darinnen bestehet, daß er wegen seinen betrüglichen Absichten der rechtlichen Wohlthat der Abtretung seiner Güter für verlustig erkläret *k*), und nach dem Schaden, den er seinen Gläubigern durch seine Veräusserung zugefüget hat, bald mit einer kürzern bald längern Gefängnißstrafe belegt wird. In diesem Betracht ist die Paulianische Klage persönlich, weil sie aus des Schuldners verübten Verbrechen entspringt, und zu dessen Ahndung abzwecket. Die Gläubiger, oder in ihren Namen der Gütervertreter bringen sie überhaupt bey dem Richter an, sie kömmt den Erben der Gläubiger ebenmässig zu, verlöscht aber nach dem Verfluß eines Jahres *l*). Und obgleich der Gütervertreter im Namen der Gläubiger sie erheben kann, so ist doch der Concursvertreter [curator litis] hierzu nicht tauglich; denn jener handelt im Namen der Gläubiger, dieser vertrit die Stel-

le des Schuldners, und würde also, wenn er eine von diesen veranstaltete Veräusserung anfechten wollte, mit der Exceptione rei venditae et traditae zurücke gewiesen *m*).

a) Die Materie von der Paulianischen Klage haben folgende Männer bearbeitet: G. L. Mencken, J. G. Scherz, A. B. Carpzov, Ernst Friedr. Schröter, Nick. Christ. Lyncker, G. A. Struv, J. Waschington, Chr. Fried. Kneussel, Heinr. Nettelbladt, Joh. Just. Raabe. vid. LIPPENII Bibl. Iurid. realis sub voc. actionis paulianae.

b) l. 1. ff. de his, quae in fraud. Cred. add. l. 10. pr. ff. ejusd. Hieher gehört auch das Interdictum fraudatorium welches in gleicher Absicht mit der Paulianischen Klage aufgestellet ist. l. 67. ff. ad S. C. TREBEL. l. 96. §. 1. ff. de solut. Es unterscheidet sich von dieser darinnen, daß es nach der Natur der Interdicten nur in Ansehung des Besizes der veräusserten Sache gegeben wird, da mit der Paulianischen Klage die Sache selbst mit dem verlohrnen Recht zurück gefordert wird. l. 10. l. ult. §. 4. 6. ff. quae in fraud. Cred. Heineccius in den Elementis juris Civilis sec. Ord. Pand. L. 42. Tit. 8. §. 284.

c) Dieses erhellet aus dem §. 6. Inst. de actionibus

nibus nicht undeutlich, wo es heißt: item, si quis in fraudem Creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis, ex sententia praesidis permittitur ipsis Creditoribus, *rescissa traditione*, eam rem petere, id est, dicere, *eam rem traditam non esse*, et ob id in bonis debitoris mansisse. add. Böhmer in Doctr. Act. S. 2. C. 2. §. 22. not. *.

d) Aus diesem anscheinenden Widerspruch der Geseze ist es auch gekommen, daß die Rechtsgelehrten von der Paulianischen Klage ganz entgegen gesetzte Meynungen hegen. Donellus behauptet, sie sey persönlich, Lauterbach hingegen giebt sie für eine dingliche Klage aus. Beede haben unrecht und recht. Unrecht im ganzen, recht in gewissen Fällen. Eben so ist die rescissorische Klage bald eine dingliche, bald eine persönliche Klage.

e) l. 6. §. 11. ff. quae in fraud. cred

f) l. 6. §. 8. 10. et 12. l. 10. §. 2. 3. 5. ff. quae in fraud. Cred.

g) l. 10. §. 20. l. ult. §. 4. ff. quae in fraud. Cred. l. 18. §. ult. l. 19. ff. de jure fisci. Berger in Oeconom. juris L. 2. Tit. 2. §. 34. not. 2.

h) Natürlich leidet diese Regul eine Ausnahm, wenn der Kaufschilling entweder noch unter

dem

dem Vermögen des Schuldners befindlich, oder aber zum Nuzen desselben verwendet worden ist; hier müssen die Gläubiger ihn wieder heraus geben, weil niemand mit den Schaden des andern sich bereichern solle.

i) Idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit, observabo heißt es in der l. 1. ff. de his quae in fraud. Cred.

k) Daher hat **Böhmer** die Schlußbitte in diesen Fall folgender Gestalt eingerichtet: Beklagten wegen solchen verübten Betrugs zum beneficio cessionis nicht zuzulassen, sondern ihn vielmehr zum Vestungsbau ꝛc. zu condemniren.

l) l. 1. ff. de his quae in fraud. Cred.

m) von **Wernher** P. 4. Obs. 68. P. 9. Obs. 15. **Hofmann** in der deutschen Reichspraxi 2ter Theil 38stes Hauptst §. 1246.

§. XVI.

Der Schuldner muß sein vor der Cession besessenes Vermögen so weit es ihm möglich ist, specificiren, und dasjenige davon besonders anzeigen, was er auf die Seite gebracht hat.

Der Gütervertreter, dem die Verwaltung der Concursmassa von den Gläubigern über-

übertragen worden ist, hat vermöge seines Amts darauf zu sehen, daß dasjenige, was zur Masse gehöret, oder von dem Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger widerrechtlich veräussert worden, herbey geschaffet werde; daher muß er auch besonders darauf dringen, daß der Schuldner alles, was er unterschlagen, und wohin er es gebracht hat, getreulich anzeige; hierdurch aber erfährt er auch, an wen er sich in Ansehung der Paulianischen Klage zu halten habe. Wenn also der Richter dem Schuldner, in dessen Güter die Gläubiger eingewiesen sind, sein sämtliches Vermögen zu specificiren auferlegt hat, so kann der Richter diejenige unbeträchtlichen Dinge, die nach der Abtretung der Güter die Gläubiger dem Schuldner noch übrig gelassen haben, in seinem Gebot nicht gemeinet haben, sondern der Schuldner ist hierdurch eigentlich angewiesen worden, sein vor der Cession besessenes Vermögen, und besonders dasjenige davon, was er auf die Seite geschafft oder veräussert hat, so weit es ihm möglich ist, zu eröffnen *a*). Alsdenn erst, wenn das eingereichte Verzeichniß dem Richter nicht verdächtig und unwahrscheinlich

fürkommt, wird er zu der eidlichen Bestärkung desselben zugelassen, widrigenfalls ihm ein richtigeres und vollständigeres, unter Bedrohung einer Strafe, z. E. des Verlusts der ihm zustehenden Rechtswohlthaten, der Abtretung der Güter, oder des nothdürftigen Unterhalts zu verfertigen anbefohlen wird.

a) Ich habe diese Anmerkung nicht ohne Ursache gemacht. Schuldner, die, um ihre Gläubiger zu chikaniren, den Proceß in die Länge hinaus zu spielen suchen, und einen grossen Kostenaufwand verursachen; Advocaten, die niederträchtig genug sind, auch bey einer ungerechten Sache auf Unkosten anderer sich zu bereichern, haben, wie ich aus Concursacten ersehen, dadurch den Proceß verwirrt, und ohne Noth verlängert, daß sie, wenn der Richter unter Bedrohung einer Strafe dem Schuldner auferlegt hatte, sein sämtliches Vermögen zu specificiren, diesem Erkenntniß einen ganz falschen Sinn beylegten, und statt einer Specification des vor der Abtretung besessenen Vermögens, mit einem Verzeichniß der wenigen Haabseligkeiten, welche der gemeine Schuldner für sich behalten durfte, zum Vorschein kamen. Hier stritten sie mit viel Wiz über das Wort sein, und zeigten, daß es mit den Wörtern sämtliches Vermögen verbunden, nichts

anders,

anders, als den gegenwärtigen Vermögenszustand des Schuldners anzeigen könne. Der Richter entscheidet hierauf, wie es die Natur der Sache mit sich bringt; diese Entscheidung aber ist nicht nach ihren Kopf, und wenn nun der Richter zugleich den Schuldner in die dem Erkenntniß angehängte Strafe für verfallen erklärt, und ihm die beneficia cessionis und competentiae abspricht, so leuterirt und appellirt der Schuldner oder dessen Advocat so lange, biß alle Rechtsmittel erschöpft, und alle Instanzen durchgeloffen sind.

§. XVII.

Auflösung eines Zweifels wider die fürgetragenen Lehren, und Erklärung der l. 9. D. de his, quae in fraud. credd.

Ich habe bey der Paulianischen Klage zuvor schon erinnert, [§. 15.] daß nur solche Veräusserungen durch sie angefochten werden können, welche noch vor der Abtretung der verschuldeten Güter und der Einsezung der Gläubiger in dieselbe der Schuldner unternommen hat; denn alle nachher gemachte Veräusserungen sind ohnehin nichtig [§. 10.], weil der Schuldner

der Verwaltung seines Vermögens entsezet ist; daher können in diesen Fall die solchergestalt veräusserte Sachen von einen jeden Besizer vindiciret werden, ohne Unterscheid, ob er in bona oder mala fide ist, ob er die Sache durch Schenkung erhalten, oder um sein Geld erkauft hat? Um aber diese Säze noch ausser allen Zweifel zu sezen, so will ich sie zugleich wider einen Einwurf retten, der, wenn er nicht im rechten Licht betrachtet wird, leicht blenden und irre führen könnte. Durch diese Methode muß die Wahrheit am meisten gewinnen. In der l. 9. D. de his, quae in fraud. cred. wird der Fall vorgetragen: Titius kauft etwas von Sempronius, dessen Güter die Gläubiger in Besiz genommen haben, und weiß, daß diese Veräusserung zum Nachtheil derselben gereichet; verkauft aber nachgehends diese Sache wieder an einen andern, dem die Beschaffenheit derselben ganz unbekannt ist. Hier wirft **Paulus** der Verfasser des Gesezes die Frage auf, ob der zweyte Käufer, welcher in bona fide ist, deßwegen belangt werden könne? Der Rechtsgelehrte läugnet sie *a*), verstattet aber zugleich wider denjenigen die Klage,

wel-

welcher die Sache mala fide gekauft hat, wenn er gleich nachgehends an einen andern, welcher aber in bona fide ist, sie wieder verkauft hatte. In diesen Gesez wird also 1) eine Veräusserung voraus gesezet, welche ein Schuldner, dessen Güter die Gläubiger schon in Besitz genommen haben, veranstaltet hat, und diese Veräusserung wird 2) vollkommen für gültig erkläret, so daß nicht einmal wider denjenigen, welcher als Eigenthümer diese Sache bona fide besizet, eine Klage statt haben soll, sondern 3) derjenige nur den empfangenen Kaufschilling wieder heraus zu geben belangt werden könne, welcher wider besser Wissen und Gewissen sie an sich gebracht, und hernach wieder veräussert hat. Ich will es versuchen, das Gesez in seinen Zusammenhang zu erklären. **Paulus** redet hier offenbar von der Paulianischen Klage, mit welcher nur derjenige Käufer, dem die betrügerische Absichten des Schuldners bekannt sind, belangt wird. Dieses giebt der Zusammenhang zwischen der l. 7. ff. ejusd. tit. welche eben diesen Rechtsgelehrten zum Verfasser hat, und dem angeführten Gesez deutlich zu erkennen *b*). Aber findet denn noch

die Paulianische Klage statt, wann die Gläubiger damals schon im Besiz der Güter gewesen sind, als der Schuldner die Sache veräusserte? Dieses scheinet den Lehren, welche ich [§. 13.] festgesezet habe, ganz zu widersprechen. Wenn dem Schuldner die Verwaltung seiner Güter von der Obrigkeit untersagt ist, und die Gläubiger darinn eingesezet worden sind, wie sollte er wohl noch gültig seine Güter hinweg geben, und das Eigenthum derselben andern überlassen können? Ist aber die Veräusserung nichtig; so fällt der Grund der Paulianischen Klage dahin, die nur wider gültige Veräusserungen eingeführt ist; und die Gläubiger können dafür ohne Unterscheid das veräusserte Gut, wie ich dargethan habe, von einem jeden vindiciren. Dieses alles wird in dem angeführten Gesez schlechterdings geläugnet. Hier ist ausdrücklich entschieden, daß der zweyte Käufer, welchem kein Betrug zu Schulden kommt, gar nicht gehalten sey. Nach dem römischen Recht, wie Herr Professor Westphal c) gründlich bemerket, erhielten die Gläubiger durch die Einsezung anfangs eine blosse Detention und Verwaltung, und ein Recht, das

auf

auf gewisse Art ein Pfandrecht war, auf gewisse Art aber auch nicht. Sie hatten ein Pfandrecht, so fern sie die Güter ihres Schuldners, ihrer Sicherheit wegen, in Händen hatten, sich durch deren Veräusserung zu ihrer Bezahlung verhelfen, und wenigstens nach **Justinians** ueuesten Verordnungen *d*) gegen andere, die an der Immission keinen Antheil nehmen durften, und einige Sachen, worinn die Gläubiger schon die Immission bekommen, in Besiz und an sich gebracht hatten, die hypothecarische Klage gebrauchen konnten. In denjenigen Gütern also nur, welche die Gläubiger von ihren Schuldner in Händen hatten, erhielten sie das prätorische Unterpfand; über dasjenige aber, was sie nicht inne hatten, konnte der Schuldner noch frey schalten und walten, und in so weit ist es also richtig, daß die Veräusserungen des Schuldners unter den vorausgesezten Umständen gültig und rechtsbeständig sind, und die rei vindicatio den Gläubigern nicht zukomme, weil der Käufer das Eigenthum der Sache auf eine gesezmässige Art erworben hat. Der zweyte Käufer kann daher weder mit der Paulianischen Klage *e*), noch mit der rei vindica-

vindicatione angegriffen werden. Und aus eben diesen Grund fällt auch die hypothecarische Klage dahin, weil die Gläubiger erst durch die Ergreifung des Besizes des prätorischen Unterpfands auf der Sache selbst theilhaftig wurden.

a) Sed verior est Sabini sententia; heißt es in dem angeführten Gesez, bona fide emtorem non teneri: Quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit.

b) In Herrn Hofrath **Hommels** Palingenesia librorum Iuris veterum T. 2. **Paulus** ad Edictum L. 62. p. 91. et 92. folgen diese beede Stellen unmittelbar auf einander.

c) Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Geseze vom Pfandrechte. Leipzig 1770. Cap. 3. §. 44.

d) l. 2. C. de pignore praetorio.

e) Weil er nach der Voraussezung des Gesezes in bona fide seyn soll.

§. XVIII.

§. XVIII.

In wie fern der Schuldner nach entstandenem Concurs noch bezahlen könne? wird entschieden.

Aus diesen Betrachtungen, welche ich über die Paulianische Klage angestellet habe, wird sich die Frage nun leicht auflösen lassen, ob ein Schuldner nach entstandenen Concurs noch das Recht habe, einem Gläubiger Bezahlung zu leisten, und ob daher die übrigen Gläubiger wegen einer solchen Bezahlung sich zu beschwehren Ursache haben? Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß wir zwischen einem Schuldner, dem die Veräusserung seiner Güter bereits verboten ist, und einen solchen, dem von der Obrigkeit die Hände noch nicht gebunden sind, vorzüglich einen Unterschied zu machen haben. Wenn der Schuldner noch gültig veräussern kann, so muß er auch noch seine Gläubiger bezahlen können, und wenn er nicht mehr veräussern kann, so kann er auch niemand mehr eine Bezahlung leisten. Daher wird in der l. 46. und 48. D. de solutionibus et liberat. die Bezahlung und

die Hingebung an Bezahlungsstatt zu denjenigen Handlungen gezählet, durch welche das Eigenthum einer Sache auf den andern übertragen wird, und welche aus diesem Grund also einen Titul zur Verjährung abgeben. Daher können nach der l. 14. §. 8. de solut. et liber. diejenige, welchen zu veräussern nicht gestattet ist, auch nicht bezahlen. Nun aber kann der Schuldner noch vor dem eingelegten gerichtlichen Verbote gültig veräussern [§. 12.], also ist er in diesen Umständen noch vielmehr eine Bezahlung zu leisten berechtiget, welche auf keine Art von den übrigen Gläubigern angefochten werden kann, und so kann auch das Prätorische Edict auf diesen Fall nicht angewendet werden *a*). Denn wie Herr **Hellfeld** *b*) sehr wohl bemerket, wird wider den, welcher von dem Schuldner ex causa onerosa eine Sache empfangen, und an dem Betrug keinen Theil hat, die Paulianische Klage nicht gegeben. Und wie sollte dem Gläubiger, der das dem Schuldner vorgestreckte Geld von ihm wieder annimmt, eine böse Absicht beygelegt werden können, wenn er auch gleich weiß, daß des Schuldners Vermögen zu Befriedigung der Gläubiger

biger nicht mehr zureichend gewesen *c*)? Er hat seine Ansprüche dadurch, daß er wachsam und aufmerksam gewesen ist, gerettet, die andere haben es ihrer Nachläßigkeit und Unthätigkeit zuzuschreiben, wenn sie durchfallen [Iura vigilantibus sunt scripta *d*). Eben so wenig läßt sich vermuthen, daß der Schuldner, der einen Gläubiger befriediget hat, dieß in der Absicht gethan habe, die andere zu hintergehen. Aus eben diesen Grund kann auch ein Gläubiger um sich, so weit es sich thun lässet, noch sicher zu stellen, oder eine Priorität wenigstens noch zu erlangen, aus Furcht eines allgemein ausbrechenden Concurses, von dem Schuldner einige Dinge an Zahlungsstatt sich geben, oder als ein Unterpfand verschreiben lassen *e*). Doch aber kann dieses für diejenige Gläubiger, welche schon zuvor auf dem gesammten Vermögen des Schuldners mit einer allgemeinen Hypothec versehen waren, keine nachtheilige Folgen haben. Diese können die dem Gläubiger an Bezahlungsstatt gegebene Güter von ihm zurücke fordern, wenn sie noch bey ihm anzutreffen sind, zwar nicht mit der Paulianischen Klage, die hier schlechterdings hinwegfallen

muß, sondern mit der Hypothecarischen, welche wegen ihrer Hypothec ihnen zustehet *f*).

a) In der l. 6, §. 7. D. quae in fraud. Cred. lehrt **Ulpianus** ausdrücklich: Sciendum est, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum. add. **Raabe** diss. de dupl. act. Paul. §. 38. et 74. **Oelze** in der angeführten diss. § 23.

b) In Iurispr. forens. T. 2. L. 42. Tit. 8. §. 1832.

c) Ueber diesen Umstand kann dem Gläubiger noch viel weniger der Eid zugemuthet werden, der bey dieser Bewandniß gänzlich irrelevant wäre, vid. **Berger** in Oec. Iur. L. 2. Tit. 2. §. 34. not. 20.

d) Herr Prof. **Sörber** in der Diss. de Brocardico: Vigilantibus Iura sunt scripta §. 48.

e) **Berger** l. c.

f) l. 16. §. 3. ff. de pignor. l. 20. l. 98. ff. de solut. **Brunnemann** ad l. 6. ff. quae in fraud. Cred.

§. XIX.

Das was ein Gläubiger durch besondere Begünstigung von dem Schuldner bezahlt erhalten hat, kann mit der Paulianischen Klage zurücke gefordert werden.

Der Schuldner also, so lang er sein Vermögen noch in seiner Gewalt hat, kann seine Gläubiger bezahlen, und es ist natürlich, daß er in der Abtragung seiner Schulden eben nicht die Ordnung beobachten muß, die der Richter bey der Location der Gläubiger befolgt; dem ohngeachtet aber legen ihm doch die Geseze die Verbindlichkeit auf, daß er den wachtsamen Gläubiger, welcher sich erlaubter Mittel bedienet, sein Geld wieder zu erhalten, dem saumseligen vorziehe; dieses, wie Herr Oelze *a*) sagt, ist der natürlichen Billigkeit gemäß, und der Schuldner, der den wachtsamen Gläubiger dem saumseligen nachsezt, giebt deutlich zu erkennen, daß er diesen besonders, zum Nachtheil des andern, begünstige, oder die Absicht habe ihm zu gratificiren *b*), daher, wenn der Gläubiger, dem bezahlt wurde,

an

an diesem Betrug Antheil hat, kann er mit der Paulianischen Klage so gut belangt werden, als ein Käufer, welcher von dem Schuldner mala fide etwas gekauft hat. Der Schuldner muß also auf die Grade der Wachtsamkeit besonders sein Augenmerk richten; denn derjenige, welcher weniger wachtsam gewesen ist, muß im Verhältniß gegen einen andern, welcher an Wachtsamkeit ihn übertroffen, und zuerst sich gemeldet hat, für saumselig und nachlässig geachtet werden. Ueberhaupt sind hier drey Fälle möglich, welche diese ganze Lehre umfassen. Entweder hat der Schuldner einen Gläubiger bezahlt, der am meisten unter allen gewacht, und zuerst auf seine Bezahlung gedrungen hat; oder er hat einen befriediget, der in gleichem Grad mit den übrigen wachtsam gewesen ist, oder endlich er hat den vorgezogen, der unter den Gläubigern der saumseligste war. Im ersten Fall können die übrige Gläubiger die bezahlte Summe nicht mehr zurücke fordern, auf den zweyten und dritten Fall aber kann die Paulianische Klage mit guten Grund angewendet werden, doch mit diesem Unterscheid, daß im zweyten Fall der Gläubiger, welcher die Bezahlung empfan-

pfangen hat, nicht die ganze bezahlte Summe den klagenden Gläubigern wieder zuzustellen gehalten ist, sondern so viel davon behalten kann, als auf seinen Theil fällt, da hingegen im dritten Fall er alles, was er vom Schuldner erhalten, ihnen wieder herausgeben muß *c*).

a) Cit. Diss. §. 25. in der l. 6. §. 2. ff. de rebus auct. iud. possid. heißt es: ne alterius aut negligentia, aut cupiditas, huic qui diligens fuit, noceat.

b) Gratificari heißt so viel als zu Gunsten einer gewissen Person etwas fürnehmen; dieß wird bestätiget durch l. 4. D. ad SCtum Trebell. l. 27. §. 14. D. ad leg. Iul. de adult. l. ult. D. de relig.

c) l. 6. §. 2. ff de rebus auct. jud. possid. Herr Prof. Oelze in der angeführten Diss. §. 26.

§. XX.

Die nach dem gerichtlichen Verbote von dem Schuldner veräusserte Sachen werden von den Gläubigern vindiciret.

Bißher hab ich also den Schuldner betrachtet, der noch frey über sein Vermögen

zu schalten und zu walten befugt ist. Nun hab ich noch zu untersuchen, ob der, welcher dieses Rechts, das ihm zuvor als Eigenthümer zugestanden ist, durch den Richter entsezet worden, einem Gläubiger mit Bestand Rechtens noch etwas bezahlen, oder wenigstens ein Unterpfand für eine schon längst verfallene Schuldforderung verschreiben könne? — Sowohl die Einsezung der Gläubiger in den Besiz der verschuldeten Güter *a*) als die Anlegung eines Arrestes *b*), und die Erkennung einer Sequestration *c*) verhindern den Schuldner, seine Güter zu veräussern, daher kann er auch unter diesen Umständen keine Bezahlung mehr leisten [§. 18.], oder einem Gläubiger zu seiner Sicherheit etwas verpfänden *d*); und wenn er, dessen ohngeachtet, Gelder heimzahlt, oder andere Dinge sowohl an Bezahlungsstatt, als zum Unterpfand einem Gläubiger hingegeben hätte, so wird alles zu der Concursmasse billig zurücke gezogen; und weil eine solche Veräusserung gänzlich nichtig ist, und der Schuldner das Eigenthum seiner Sache einem andern damals nicht mehr mittheilen konnte [§. 10.]; so sind die übrigen Gläubiger oder in ihrem Namen der

Güter-

Gütervertreter solche heimbezahlte Gelder oder übergebene Faustpfänder, wenn sie noch bey dem Gläubiger würklich anzutreffen sind, von ihm zu vindiciren berechtiget, wenn der Gläubiger aber sie aufgezehret oder veräussert hat, so fällt zwar die directa rei vindicatio hinweg, hingegen die utilis vindicatio wird auf die aestimationem litis ohne Anstand wider den gerichtet, welcher wegen seines Betrugs noch für den Besizer angesehen wird *e*). Sonsten aber, wenn der Gläubiger, dem die Einsezung der Gläubiger in die verschuldeten Güter oder der gerichtlich angelegte Arrest unbekannt gewesen ist, die an Bezahlungsstatt empfangene Sache wieder an einen andern überläßt, kann von ihm mit der Condictione sine caussa *f*) dasjenige zu ersezen verlangt werden, was er durch diesen Handel gewonnen *g*).

a) l. 6. §. 7. D. quae in fraud. Cred.

b) Andr. Gail de Arrest. c. 12. D. Mevius in discussione levaminum inopiae debitorum c. 4. n. 80.

c) Oelze Diss. alleg. §. 22.

d) Die Verpfändung wird in den Gesezen der Weg zur Veräusserung genannt. l. 9. §. 1. D. de pignor. l. 7. C. de reb. alien. non alien.

e) l. 25. l. 52. D. de rei vind.

f) Oelze diss. cit. §. 20.

g) In der l. 1. §. 3. de Cond. sine caussa heißt es: Constat id demum posse condici alicui, *quod vel non ex justa caussa pervenit ad eum*, vel redit ad non justam caussam.

§. XXI.

Der materielle Concurs erzeugt unter den Gläubigern, die ihrer Schuldforderungen wegen bey dem Richter sich gemeldet haben, eine Connexität.

Ich konnte diese Lehrsäze, die ich von der Paulianischen Klage hier vorgetragen habe, nicht mit Stillschweigen übergehen, weil sie mit dem Gegenstand dieser Abhandlung in einer genauen Verbindung stehen, und über die Lehre vom materiellen Concurs selbst ein grosses Licht verbreiten. Ich kehre nun zu dem Gegenstand, den ich zu erklären mir fürgesezet habe, wieder zurücke.

Bey

Bey dem Concurs ist bekanntlich eine Connexität unter den mannigfaltigen Processen der verschiedenen Gläubiger anzutreffen *a*). Dem allgemeinen Concurs wird aus diesem Grund eine anziehende Kraft beygelegt, vermittelst welcher alle besondere Concurse in eben demselben Land, wo das allgemeine Concursgericht ist, gehemmet, und an dieses verwiesen werden *b*). Diese Connexität aber hat, wie Herr Professor **Reichhard** *c*) hierbey erinnert, in der unter den Gläubigern entstandenen Gemeinschaft ihren Grund; nun aber liegt diese Gemeinschaft in der Natur des Concurses selbst, also muß der materielle Concurs so gar unter den Gläubigern eine Connexität erzeugen, weil sie eine Folge der Gemeinschaft ist. Es ist ganz natürlich, daß beym materiellen Concurs die Connexität sich nicht so weit erstrecken, und nicht alle die Würkungen haben kann, welche sie beym allgemeinen Concurs herfürbringt; weil der allgemeine Concurs allgemein ist, und über alle Gläubiger sich verbreitet, so müssen alle besondere Concurse zum allgemeinen Concursgericht fallen, alle Gläubiger sich hier einfinden, und ihre Ansprüche gegen die übri-

gen in Richtigkeit sezen; und so geschieht es nun, daß er die Litispendenz der bey andern Gerichten anhängigen Processe zerstöhrt, ihren Lauff schlechterdings hemmet, und sie in demjenigen Zustand, in welchen sie zur Zeit des eröfneten Concurses waren, in der Massen an sich ziehet, daß er zwar einem Gläubiger das Recht, welches er in besondern Gerichten schon erhalten, nicht benimmt *d*), aber auch nicht zuläßet, daß zum Nachtheil vorzüglicherer und besserer Rechte anderer Gläubiger etwas vollzogen werde *e*). Diese Würkung hingegen kann sich bey dem materiellen Concurs unmöglich äussern. Der materielle Concurs ist nur ein besonderer Concurs [§. 8.], und begreift nur diejenige Gläubiger unter sich, welche bey dem Richter wider den Schuldner ihre Klagen angebracht haben, und kann also über diese Gränzen hinaus nicht würksam seyn. Wie sollte er also schon die bey andern Gerichten rechtshängige Sachen an sich ziehen können *f*)? Dieß ist erst dem förmlichen allgemeimeinen Concurs fürbehalten. Er ist innerhalb seiner Sphäre nur würksam; und wenn daher der allgemeine Concurs alle Gläubiger des Schuldners unter sich verbindet, so verbindet

bindet der materielle und besondere Concurs nur diejenige, die zu ihm gehören. So können also nach Leysers g) Lehre, wegen dieser Connexität diejenige Gläubiger nur, welche den Concurs erregt, und ihre Rechte gerichtlich gewahret haben, die ihnen nachtheilige Handlungen des Schuldners unter den gehörigen Voraussezungen widerruffen, und alsdenn erst kömmt der Concurs allen Gläubigern zu statten, wenn er entweder durch die erlassene Edictalcitation allgemein gemacht worden, oder der Schuldner seine Güter den Gläubigern abgetreten hat *b*), oder ein Arrest hinzugekommen ist.

a) Hellfeld in Iurispr. forens. Sec. Ord. Pand. Tom. 1. Lib. II. Tit. 2. §. 752.

b) Rivinus in Spec. Except. forens. l. 28. n. 5. et seqq. Ludovici in Concursproceß 1stes Cap. §. 11.

c) In den Noten zu Schaumburgs Princip. Prax. Iurid. Iud. L. 2. C. 8. §. 3. not. *

d) Mevius P. 6. Dec. 105. P. 5. Dec. 34. Brunnemann Proc. Conc. C. 1. §. 8.

e) Ludovici im Concursproceß, wo er diese Lehre zugleich mit einem practischen Beyspiel er-

läutert. add. Schaumburg in den Princ. prax. Iur. Iud. l. c. §. 2. not. ****

f) Hier muß er gänzlich nach der Natur des besondern Concurses beurtheilet werden. Dieser hebt wie D. Schöpf in der schon oft angeführten Dissert. §. 22. gelehret hat, die Litispendenz nicht auf, sondern die Gläubiger können ihre Klagen da, wo sie selbige angestellet haben, auch fortsezen. add. Leyser Spec. 478. med. 9. Wahl Diss. de iudice competente in Concursu Cred. §. 19. et 21.

g) Spec. 495. med. 10.

h) Worzu wieder alle Gläubiger bekannte und unbekannte durch die Edictalcitation fürgeladen werden müssen. Freyherr von Cramer in den Obs. Iur. univ. T. 1. Obs. 404. p. 868.

§. XXII.

§. XXII.

Eine andere Würkung dieser Connexität, als diejenige, welche im vorhergehenden Paragraphen erörtert worden.

Diese Connexität unter den Gläubigern ist noch weiters beym materiellen Concurs sichtbar. Die Gläubiger des Schuldners stehen in einer solchen Verbindung unter einander, daß bißweilen ein Recht, welches einer gegen den Schuldner erhalten hat, auch den übrigen mitgetheilet wird; daher kömmt es, daß bey einem Concurs die Gläubiger öfters ex iure tertii gültig excipiren können. Ich will es versuchen, dieses Phänomenon zu erklären, und die Ursachen davon anzugeben. Es giebt Rechte, die dem Schuldner auf die gesammte Gläubiger zustehen, und andere, die er auf einen jeden von ihnen besonders hat. Von den leztern kann hier die Rede nicht seyn. Wenn der Schuldner Rechte von der ersten Art ausüben will, so müssen die sämtliche Gläubiger in Verhältniß auf ihn als eine einzige Person betrachtet werden, die, wenn

die Sache zum Streit kömmt, mit ihren Einwendungen dagegen gehört werden müssen. Hier macht also der Schuldner eine Parthie, und die sämtlichen Gläubiger die andere aus; und weil jeder Gläubiger ein Theil von dem ganzen ist, so müssen auch seine Kräfte auf das Ganze zurücke würken. In dieser Beziehung also wird das Recht eines Gläubigers, oder eine darauf sich gründende Exception gemeinschaftlich, und die sämtliche Gläubiger gebrauchen sie, um die Rechte, die der Schuldner gegen sie anwenden will, zu zernichten. Wenn zum Beyspiel der Schuldner auf das beneficium cessionis oder competentiae sich beruft, so können die Gläubiger, welche diese Rechtswohlthaten ihm nicht zugestehen wollen, auch daraus eine Exception hernehmen, wenn der Schuldner gegen diesen oder jenen seiner Gläubiger arglistig und betrüglich gehandelt hat, und wegen des Betrugs, dessen er sich gegen einen von ihnen besonders, oder auch gegen die Ehefrau, die ihr Eingebrachtes wieder zurücke fordert, schuldig gemacht hat, den Richter bitten, ihn dieser Wohlthaten für unwürdig zu erklären.

§. XXIII.

§. XXIII.

Aus dem Concurs entspringt ohnmittelbar das Recht der Intervention.

Eine andere Würkung, welche durch den Concurs ohnmittelbar erzeugt wird, ist das Recht der Intervention. Die Gemeinschaft, in welcher die Gläubiger mit einander stehen, hat sie dergestalt einander gleichgemacht, daß weder der Richter, noch nach der Einweisung, der Schuldner, biß der Streit über die Vorzüge eines jeden gänzlich entschieden ist, einem von ihnen zum Nachtheil der übrigen einigen Vortheil zuzuwenden vermag. In so weit haben alle Gläubiger gleiche Rechte. Wenn also der Schuldner von einem Gläubiger seiner Forderung wegen besonders bey dem Richter in Ansprache genommen wird, so haben die übrigen das Recht, in diese Sache sich zu mischen, und zu verhindern, daß dem Kläger nicht etwas eingeräumt werde, das mit der Zeit für sie schädliche Folgen haben und sie zurücke sezen könnte. Hier äussert sich also die Intervention, die von dem Rechts-

gelehrten als eine gerichtliche Handlung beschrieben wird, wodurch ein dritter wegen eines bey der Sache habenden Interesse sich in den zwischen dem Kläger und Beklagten rechtshängigen Proceß einmischet *a*). Dieses Interesse, welches den Gläubigern das Recht der Intervention beylegt, hat, wie ich gezeigt habe, seinen Grund in der Gemeinschaft. Die Intervention selbst aber kann auf verschiedene Art geschehen. Denn entweder will der Intervenient nur einer von beyden Partheyen beystehen, oder er will eine davon wegen seines hauptsächlichen Interesse von der geklagten Sache gänzlich ausschliesen, oder aber er sucht seine Gerechtsame, als Mitinteressent zu wahren, und will weder dem andern beystehen, noch einen von beeden gänzlich ausschliessen *b*). Daher können auch die Gläubiger, die bessere Rechte haben, bey dem Richter einkommen, daß ein anderer, der seine Forderung nicht hinlänglich dargethan hat, oder zu spät gekommen ist, abgewiesen, und gänzlich vom Concurs ausgeschlossen werde; daher sind sie ferner berechtiget, wenn auch gleich der Schuldner oder dessen Erben, oder der Curator litis

tis einem Gläubiger, ohne einige Einwendung seine Forderung eingeräumet hat, entweder dem Schuldner oder Concursvertreter Beystand zu leisten, oder solche Exceptionen für sich selbst dem liquidirenden Gläubiger entgegen zu sezen, durch welche seine Ansprüche gänzlich über den Haufen geworfen werden c).

a) J. F. Seyfarts deutscher Reichsproceß 2tes Buch 1. Cap. §. 2. J. H. Böhmer in der Diss. de Concursu extra Concursum §. 5.

b) Mauritius de iure interventionis §. 2. §. 20 §. 31. Hofmann in der deutschen Reichspraxi 1ster Theil 54stes Hauptst. §. 1090.

c) Ludovici Einleitung zum Concursproceß Cap. 5. §. 6. p. 45.

§. XXIV.

Der Concurs hemmt den executivischen Proceß.

Eben so hemmt auch der Concurs den executivischen Proceß, der in den meisten Provinzen Deutschlands dem zu statten kömmt, welcher klare Briefe und Siegel für sich hat *a*). Der Concurs, wie ich [§. 5.] dargethan habe, macht die sämtlichen Gläubiger dergestalt einander gleich, daß der Richter weder einem etwas zu zu erkennen, noch ein in die Rechtskraft eingerete-

tretenes Urthel zu vollstrecken, oder einem Gläubiger früher als den andern zur Bezahlung zu verhelfen vermag *b*). Daher findet, so bald ein Concurs entstanden ist, kein executivischer Proceß mehr statt *c*); aus diesen Grund muß also auch der Wechselgläubiger, wenn er anders zu seiner Bezahlung kommen will, beym Concursgericht sich wie andere Gläubiger einlassen, gehörig liquidiren *d*), und das Ende des Concurses abwarten *e*). Die Meynung des Herrn von Leysers *f*) ist mithin für den Wechselgläubiger allzugefährlich; er glaubt nemlich, daß er sicher ausbleiben, und durch Hülfe des persönlichen Arrestes dem Schuldner die Bezahlung abdringen könnte; Ich sehe nicht ein, wie dieses mit seinen andern Lehrsäzen zusammen hängen soll, da er selbst eingesteht, daß dem Wechselgläubiger auf die dem Concurs unterworfene Güter kein Recht zukommen, und er deßwegen andern Gläubigern, denen alle Güter des Schuldners insgesamt verhaftet sind, nichts davon hinweg nehmen könne. Hieraus aber folgt noch nicht, daß der Wechselschuldner von seinem Gläubiger nicht mehr sollte in Arrest gezogen werden können. Der Gläubiger

hat diese Befugniß dessen ohngeachtet, wenn er gleich seine Forderung liquidiret hat, und der Schuldner, der sich nach Wechselrecht verbunden, hat stillschweigend auf das beneficium cessionis in Ansehung dieser Schuld Verzicht gethan g).

a) Bey diesen Proceß werden alle illiquide und auf weitere Ausführung beruhende Ausflüchte in die Wiederklage oder in einen abgesonderten Proceß verwiesen.

b) Schaumburg in den Prin. Prax. Iurid. Iud. L. 2. C. 3. § 9. not. ****

c) Stryck in seinen Noten über den Brunnemann de Processu Conc. Cred. C. 3. § 4. vocab. in promtu, adde von Pufendorf in den Obs. Iur. univ. T. 4. Obs. 33.

d) J. G. Heineccius in den Elem. Iur. Camb. c. 6. §. 31. wo er zugleich die Formul hat, nach welcher der Wechselgläubiger liquidiret.

e) Ludovici Einleitung zum Wechselproceß Cap. 2. §. 15. ob aber Wechselschulden im Concurs für andern einen Vorzug haben, hat der berühmte tübingische Rechtslehrer Herr D. Kapf in der Diss. de Locatione Cambii proprii in concursu creditorum gründlich untersucht. Hieher gehört ferner Herr Bühler in der unter den Vorsiz des Herrn Geheimenrath

rath D. Hofmanns gehaltenen Differt. de effectu Indossationis Cambii proprii in Concursu Creditorum §. 5. et 6. add. Heineccius in den Inst. Iur. Camb. C. 6. §. 43. et 44.

f) Spec. 490. med. 5.

g) Olearius de renunciatione cessionis bonorum a debitore facta. Hellfeld in Iurispr. forens. Sec. Pand. Ord. T. 2. L. 42. Tit. 3. §. 1803.

§. XXV.

Fortsezung dieser Lehre.

Von dieser Mennung aber weichen die ältern sächsischen Rechtsgelehrte, und besonders **Berger** *a*) und **Wernher** *b*) gänzlich ab, und lehren das Gegentheil. Wenn gleich, sagen sie, der Concursproceß allgemein ist, so gilt dieses nicht von der Form des Processes, sondern muß von dem Gegenstand desselben verstanden werden. Nur in so weit, fährt Herr von **Berger** fort, ist er allgemein, als er mehrere besondere Processe wieder in sich faßt, welche hingegen nicht auf einerley Weise, sondern ein jeder nach seiner Art, behandelt werden müs-

müssen. Daher sagt auch Wernher, daß in der Concursinstanz wider ein klares und nach allen Theilen deutliches Instrument [instrumentum guarentigiatum] keine Ausflüchte, welche auf weiterer Ausführung beruhen [exceptiones altioris indaginis], zulässig seyen, und aus eben diesen Grund läugnet er auch *c*), daß nach entstandenen Concurs einem Wechselbrief, die exceptio non numeratae pecuniae entgegen gesezt werden könne. Diese Meynung wird theils, durch dasjenige widerlegt, was ich im vorhergehenden Paragraphen zur Bestätigung der gemeinen Meynung vorgetragen habe, theils aber hat sie in der Praxi sehr viele Schwierigkeiten *d*), welche durch die in einem besondern Proceß zu verhandelnde Wiederklage verursacht werden; und daher rühret es auch, daß die neuern sächsischen Rechtsgelehrte ihr den Beyfall versaget haben *e*).

a) Elect. Discept. forens. Tit. 6. Obs. 1. not. 3. wo er besonders die Gründe für und wiger seine Meynung weitläuftig auseinander gesezet hat.

b) T. 1. P. 1. Obs. 305. n. 44. p. 322. P. 4. Obs. 1. n. 122. p. 717. P. 1. ad Obs. 308.

c) P.

c) P. 2. Obs. 403. Supplem. novo n. 5.

d) Struben in den rechtlichen Bedenken 4ter Theil 37stes Bedenken p. 82. und 83. Horn Cl. 13. Resp. 1. äussert hievon folgenden Gedanken: aequius et melius est, omnes eodem genere agendi in Concursu uti, quo res omnis simul eodem processu, eademque sententia celeriter expediri possit, nec opus sit, illa, quae discutienda sunt, in reconventionem remittere. Brockes Obs. 41. p. 103.

e) Ausser denen in der vorhergehenden Note angeführten Rechtsgelehrten, gehören noch hieher Herr Hellfeld in Iurispr. for. sec. Pand. Ord. L. 42. Tit. 5. §. 1815. Herr von Pufendorf T. 4. Obs. 33. Schaumburg in den Princ. Prax. Iurid. Iud. L. 2. C. 8. §. 13.

§. XXVI.

Erörterung der Frage: Hört durch den Concurs das Retentionsrecht der Pfandgläubiger auf?

Hier ist eigentlich der Ort, die Frage zu untersuchen, ob das Innhabungsrecht [ius retentionis] eines Gläubigers auf der ihm verpfändeten Sache, die er in seinen Besiz hat, durch den entstandenen Concurs aufgehoben werde, und ob der Gläubiger die Faustpfänder, die er von den Schuldner zu seiner Sicherheit empfangen hat, dem Gütervertreter zur Concursmasse ausliefern müsse? Diejenigen, die diese Frage überhaupt bejahen wollten, könnten aus der unter den Gläubigern eingeführten Gemeinschaft ihre Schlüsse herleiten. Sie könnten in dieser Absicht anführen, daß diese Gemeinschaft keinem Gläubiger gestatte, etwas von den Gütern des Schuldners zurück zu behalten, auf einer Sache mit Ausschliessung anderer Gläubiger, welche eben so gute und noch bessere Rechte haben, sich eines besondern Vorzugs anzumassen, sich

vielleicht noch gar daraus bezahlt zu machen, und dieses alles zu einer Zeit, wo weder Richter noch Schuldner den Gläubiger mehr zu befriedigen vermögend sind. Nach meiner Meynung läßt sich die vorgelegte Frage weder allgemein bejahen, noch verneinen. Man muß überhaupt sich sorgfältig dabey hüten, daß die Grenzen der unter den Gläubigern eingeführten Gemeinschaft nicht überschritten, und aus derselben keine Folgen hergeleitet werden, die, den Gesezen und ihrer Analogie entgegen, einen seines wohlerworbenen Rechts entsezen. *a*).

a) Hieher gehört die ohnlängst herausgegebene Einladungsschrift des Herrn D. Traugott Thomasius zu M. G. Anton Diss. Inaug. de Obstagio, wo er von dem Recht, das Pfand bey entstandenen Concurs der Gläubiger zurücke zu behalten, handelt. Siehe Beytrag zu den Erlang. gelehrt. Anmerkungen 21ste Woche d. J. 1775.

§. XXVII.

§. XXVII.

Auflösung der fürgelegten Frage.

Um also die vorgelegte Frage zu beantworten, müssen wir, dünkt es mich, einen Unterschied machen, ob von einem simplen oder qualificirten Innhabungsrecht [iure retentionis simplici vel qualificato] die Rede ist. Entweder hat der Gläubiger das Pfand deßwegen inne, weil die Schuld noch nicht bezahlt worden ist, wegen welcher der Schuldner ihm zu seiner Sicherheit das Pfand übergeben hat, oder er behält das Pfand zurücke wegen eines andern Postens, den er bey dem Schuldner noch stehen hat, wenn gleich dasjenige Capital, für welches der Gläubiger eigentlich das Unterpfand empfieng, schon längst getilget ist; denn auch hier legen die Geseze dem Gläubiger ein ius retentionis ausdrücklich bey *a*). Ich will mit dem ersten Fall den Anfang machen. Wenn der Schuldner für das aufgenommene Capital ein Pfand seinem Gläubiger gegeben hat, so währet das Pfandrecht so lang, als der Schuldner das ihm fürgestreckte Geld nicht heimbezahlt

hat. Ist nun der Gläubiger im Besiz der verpfändeten Sache, so hat er auf dieser Sache ohne Anstand das ius retentionis, welches wegen des Pfandrechts ihm zukömmt, und so, wie das Pfandrecht selbst, gegen einen jeden hier seine Würkungen äussert. Daher haben also die eingesezten Pfandgläubiger das Recht, daß sie bey entstandenen Ganthprocesse über ihres Schuldners Vermögen in denselbigen sich nicht einlassen müssen, sondern auf ihren Unterpfand halten, und sich ihre Rechte, vom Ganthprocesse abgesondert, vorbehalten können *b*). Sie können aber damit den ältern Pfandgläubigern keinen Schaden thun, sondern diese können nichts desto weniger mit der Pfandschaftsklage eine Sache, auf welcher der andere hält, zurück fordern, weil sie nicht anders, als unbeschadet des zuvor darauf haftenden Pfandrechts, verpfändet werden konnte *c*).

a) l. un. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse. Dieses Gesez haben nach dem Zeugniß **Bergers** in der Oec. Iur. L. 2. Tit. 5. §. 14. not. 2. die Wittenbergischen Rechtsgelehrten auf das prätorische und gerichtliche Unterpfand, und so gar auch auf die ausbedungene Hypothek ausgedehnet, wenn

nur

nur der Gläubiger zum Besiz derselben gekommen ist.

b) Mevius P. 7. Dec. 250. Schöpff de iure praeclusionis creditorum a iudicio Concursus §. 14. Freyherr von Cramer in den Obs. Iur. univ. T. 1. Obs. 336. Hiemit stimmt die Praxis des höchstpreißlichen Reichshofraths vollkommen überein. Wenn ein Gläubiger realiter immissus ist, so ist er, nach der Lehre des Herrn Reichshofrathsagenten Franz Anton Ditterichs in seinem Buch *de quatuor praecipuis Consilii Imperialis Aulici processibus* Viennae 1775. Tit. 2. §. 48. p. 38. 39. vom Concurs ausgenommen.

c) C. G. Gmelins der Rechten Licentiaten und Herzogl. Würtembergischen Hofgerichts Advocaten, Abhandlung von der Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Ganthprocesse nach den gemeinen und Würtembergischen Rechten Cap. 4 §. 34. Mayer de eo, quod moto concursu circa pignus, in cuius possessione est creditor, iustum est. th. 6. Leyser Spec. 275. med. 7.

§. XXVIII.

Fortsetzung derselben.

Im zweyten Fall hingegen, da der Gläubiger das ius retentionis auf der ehemals ihm verpfändeten Sache gegen seinen Schuldner, auch sogar wegen einer simplen Schuldforderung, noch ausübt, kann das ius retentionis auf das Pfandrecht sich nicht mehr gründen; denn wenn das Capital selbst abgetragen ist, so muß auch das zur Sicherheit desselben dem Gläubiger eingeräumte Pfandrecht aufhören. Hier hat also der Gläubiger ein ius retentionis, ohne mit dem Pfandrecht, welches mit Tilgung der Schuld gleich verlöschet ist, noch versehen zu seyn. In der l. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse ist von diesem iure retentionis, das dem Gläubiger beygelegt wird, ein ganz anderer Grund angegeben. In diesem Gesez hat der Kayser Gordian ausdrücklich verordnet, daß wegen der exceptionis doli mali der Gläubiger nicht gezwungen werden könnte, den Besiz der verpfändeten Sache dem Schuldner eher wieder einzuräu-

räumen, biß und denn er auch wegen der übrigen noch rückständigen Posten, für welche er keine Sicherheit erhalten hat, befriediget worden ist *a*). Und also kann der Gläubiger zwar gegen den Schuldner die exceptionem doli mali gebrauchen, und vermittelst derselben wider ihn sein Innhabungsrecht behaupten; allein eben diese exception und das darauf sich gründende ius retentionis muß nach entstandenen Concurs ohne weiters hinwegfallen, wenn die Gläubiger von einem andern Gläubiger eine Sache zurücke fordern, auf welcher das Pfandrecht des Innhabers verlöschet ist. Und wie sollte dieser jenen die exceptionem doli mali wohl entgegen setzen können *b*)?

a) Iure enim heißt es in dem angeführten Gesez, contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfacerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.

b) Lauterbach in der Diss. de retentione th. 25 Hierauf gründet sich auch das Urthel des Schöppenstuhls zu Leipzig, welches Lauterbach in der angeführten Dissertation aus dem Carpzov beybringt: Ob ihr gleich vor-

vorbenannter euer Schuldforderung halber das ius retentionis an dem erkauften Hause erlanget ꝛc. Dahero ihr auch in dem entstandenen Concursu Creditorum euch einzulassen nicht gemeynet; dieweil aber dennoch das ius retentionis keine beständige hypothecam noch dingliches Recht giebt, auch sich dessen allein wider den debitorem, und nicht wider die Creditores, so ein besseres Recht in des debitoris Gütern erlanget, zu gebrauchen ꝛc. So habt ihr euch dahero mit dem angeführten iure retentionis wider die Gläubiger, so ein besseres oder gleichmässiges Recht haben, nicht zu behelfen, sondern ihr seyd euch bey dem allgemeinen Concursu anzugeben, eure Nothdurft vorzutragen, und euer vermeyntliches Prioritätsrecht auszubringen schuldig. V. R. W. Herr Professor Westphal in seinem Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Geseze vom Pfandrecht 2tes Cap. §. 10. p. 37. pflichtet gleichfals dieser Meynung bey, und sagt ausdrücklich, daß zwar das Zurückhaltungsrecht gegen den Pfandschuldner und seine Erben würksam sey, dasselbe aber erlösche, so bald man es mit einem dritten Mann zu thun habe, oder die Sache zum Concurs komme. Der Herr geheime Justizrath Böhmer in der lesenswürdigen Dissertation de iure retentionis eiusque effectu §. 15. Göttingen 1773. behauptet zwar, daß durch den Concurs das

Inn-

Innhabungsrecht schlechterdings nicht aufgehoben werde, und ein Gläubiger auch nach demselben der exceptionis doli so gut wider die andern sich bedienen könne, als wider den Schuldner, weil jene durch die Einweisung nicht mehr Recht erlangen, als dieser zur Zeit der Einweisung selbst hatte. Doch gesteht er im folgenden §. selbst ein, daß das simple Retentionsrecht bey eröfneten Concurs ganz unbrauchbar werde, und alle seine Kraft verliehre. Und also bringen diese entgegen gesezte Meinungen in der Anwendung keine verschiedene Würkungen herfür.

§. XXIX.

Untersuchung der Frage: ob nach entstandenen Concurs das Pfandrecht an einen andern abgetreten werden könne?

Eben so muß auch hier die Frage erörtert werden, in wie weit nach entstandenem Concurs das Pfandrecht an einen andern überlassen werden könne? An und für sich ist es keinem Zweifel unterworfen, daß nicht nur das Pfandrecht auf die Erben übergehe, sondern auch andern abgetreten werden könne. Auch wird, der Analogie der rö-

mischen Geseze gemäß *a*), das Pfandrecht dadurch mittelbar abgetreten, daß einem andern diejenige Forderung übertragen wird, weßhalb ein Pfandrecht ertheilet ist, wenn gleich nach der gemeinen und in Praxi angenommenen Meinung ohne eine besondere Abtretung das Pfandrecht demjenigen nicht zu theil wird, der nur das Capital, zu dessen Sicherheit die Hypothek errichtet worden ist, durch eine Cession von dem Gläubiger erhalten hat *b*). So hat es ferner, wie mich dünkt, keinen Anstand, daß der Gläubiger dem, welcher ihm anstatt des Schuldners bezahlt, all sein Recht *c*), wenn gleich mehrere Gläubiger schon erwacht sind, abzutreten vermögend sey, dergestalten, daß nach einer solchen Cession derjenige, welcher mit seinem Geld das Pfand von dem vorhergehenden Gläubiger frey gemacht hat, in die Stelle dieses Gläubigers einrückt. Und hierdurch wird den übrigen Gläubigern nicht der mindeste Nachtheil zugefüget, weil ein solcher Cessionarius nach dem System des römischen Rechts für einem Procurator *d*) gehalten wird, der, wenn er gleich selbst den Nuzen davon trägt, doch immer im Namen des andern handelt, und dem daher

auch

auch alle diejenigen Einwendungen gemacht werden können, die dem vorhergehenden Gläubiger, welcher das Capital abgetreten hat, im Weg stunden. Und auf diese Weise kann das Pfandrecht auch ohne Wissen des Schuldners auf denjenigen, der den Gläubiger bezahlt, übergehen. Dieses Pfandrecht hingegen, welches ein Gläubiger an einen andern abgetreten hat, kann auf eine simple Schuldforderung des Cessionarius nicht ausgedehnt werden, weil eine solche Ausdehnung allezeit mit dem Nachtheil des Schuldners verknüpft ist *e*). Wenn aber doch der Schuldner selbst darein willigen sollte, so ist eine solche Ausdehnung des Pfandrechts auf einen andern Schuldposten gültig, wenn sie nur nicht erst nach entstandenen Concurs gemacht worden ist, und keine besondere Begünstigung für einem Gläubiger enthält. Endlich kann der Schuldner das ihm zustehende Pfandrecht zum Nachtheil der Gläubiger an niemand abtreten, oder vielmehr eine solche Cession wird durch die Paulianische Klage zurück gefordert.

a) Die Gründe hierzu sind kürzlich folgende: 1) Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht, und richtet sich bekanntlich nach der Schuld, zu deren Sicherheit es ertheilet worden. Wann der Gläubiger seine Forderung einem andern überlassen hat, so ist unter dieser Abtretung des Capitals auch das Pfandrecht mit begriffen, accessorium sequitur suum principale. 2) Weil ohnehin dem Cessionarius alle Rechte des Cedenten zustehen, so muß er also auch nach der Cession das zur Sicherheit des Capitals angeordnete Pfandrecht haben, und daher ist der Cedent so gar schuldig, nach der Cession die etwa in Händen habende Pfänder dem Cessionarius auszuliefern. 3) Wird in der l. 6. ff. de hereditate vel actione vendita dieser Rechtssaz auf die Erkaufung der Capitalien besonders angewendet, und hier ohne Einschränkung verordnet: Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit. Nam beneficium venditoris prodest emtori; welches 4) durch die neuern Justinianeischen Geseze, die l. 6. et 7. C. de Obl. et Act. noch mehr bestätiget wird. Hier entscheiden die beeden Kaiser **Diocletian** und **Maximian**, daß, wenn der Schuldner seinem Gläubiger ein Capital an Bezahlungsstatt hingegeben, oder einer dem andern ein Capital verkauft hätte, der Gläubiger oder Käuffer berechtiget seyn sollten, sich an die Pfänder zu halten. Hier kömmt kein Wort

von

von einer besondern Abtretung des Pfandrechts und der hypothekarischen Klage für, und die Geseze gestatten dennoch beedes demjenigen, der nun das Capital in Händen hat. Dieses sind die Gründe, welche diese Meinung unterstüzen. Wider sie werden gemeiniglich die l. 11. et 14. C. de fidej. angeführet. Der Innhalt beeder Geseze läuft ohngefehr dahinaus, daß wenn der Bürge den Gläubiger für den Hauptschuldner befriediget hätte, das dem Gläubiger wider seinen Schuldner zustehende Pfandrecht dem Bürgen nicht eher zu statten kommen könne, als wenn die Schuld vollkommen getilget, und die Klagen dem Bürgen abgetreten sind. (si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatae actiones.) Der Bürge hat ordentlicher Weise wider den Schuldner, für den er bezahlt hat, und dessen Erben, die Mandatsklage; allein diese Klage ist eine persönliche Klage, wird nicht wider einen dritten gegeben, und verschaft ihm daher nicht die Sicherheit, die er durch die hypothekarische Klage erhält. Hier scheinet das Gesez also die Cession des Pfandrechts nothwendig zu machen, weil, wenn auch einer mit der persönlichen Klage versehen ist, wodurch er seine Forderung erhalten kann, dennoch das Pfandrecht, oder die aus demselben entspringende Klage ihm noch besonders abgetreten werden muß, ehe er noch der lezten sich bedienen kann. Ich glaube immer,

daß

daß der Fall, der in diesem Gesez erörtert wird, auf die Frage gar nicht passe, ob das Pfandrecht mit dem Capital selbst mittelbar und ohne besondere Abtretung übergehe? Ich will es versuchen den Sinn des Gesezes zu zu bestimmen. Hier ist gar nicht die Rede von einer vorhergehenden Cession des Capitals an einen dritten. Der Bürge bezahlt dem Gläubiger, und der Gesezgeber will, daß, wenn der Bürge in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten soll, er sich von diesem die Klage wider den Schuldner cediren lassen solle, weil er sonst nur eine persönliche Klage, die Mandatsklage, hätte. Diese Klage entspringt offenbar aus einer ganz andern Quelle, als diejenige, mit welcher der Gläubiger das Capital zurücke fordert, wenn gleich beede Klagen persönlich sind. Beede Klagen stehen auch mit einander so gar in keiner Verbindung, daß sie öfters mit ganz verschiednen und entgegen gesezten Eigenschaften versehen sind. Der Bürge hat die Mandatsklage auch ohne vorhergehende Cession; wenn er aber auch diejenige Klage, die der Gläubiger wider seinen Schuldner gebraucht, sich zu Nuz machen will, so muß er diese von dem Glaubiger sich abtreten lassen (vobisque mandatae actiones). Durch diese Abtretung ist er nun gleichsam zum Gläubiger gemacht worden, er als Cessionarius hat alle diejenige Rechte, welche sein Cedent zu-

vor

vor hatte, und hält sich auch an die Pfänder, wenn gleich bey der Cession in Ansehung derselben nichts besonders verabredet worden ist. Fast auf eben diese Art muß auch die l. 1. C. de his, qui in priorum Credd loc. ſucced. erkläret werden. Hier verordnen die Kaiser Severus und Antoninus; daß wenn ein Gläubiger Geld vorschießt, wodurch ein anderer Gläubiger abgefertiget wird, er nicht eher in die Stelle des mit diesem Geld befriedigten Gläubigers einrücken solle, als wenn er das Geld unter dieser ausdrücklichen Bedingung vorgestreckt hätte, daß eben dieses Pfand, das dem aus dem Concurs nun abgehenden Gläubiger verschrieben war, auch ihm verschrieben, und dessen Stelle unter den übrigen Gläubigern auch ihm vorbehalten seyn sollte. Hätte der, welcher der Masse das Geld vorstreckte, es dem Gläubiger, der nun damit bezahlt worden ist, selbst gegeben, und sich von ihm seine Klage gegen den Schuldner cediren lassen, so wäre diese besondere Vorsicht, welche in dem Gesez anempfohlen wird, nicht nöthig gewesen. Also ist auch in diesem Gesez wieder ein verschiedener Fall angenommen, der keine Argumentation auf einen andern unähnlichen zulässet.

b) Lauterbach in den Conſ. Fac. Tub. Vol. 3. Conſ. 210. n. 56.

c) Es versteht sich von selbst, daß persönliche Rechte, die der Person ankleben, davon ausgenommen sind; dahin gehören zum Beyspiel die besondere Rechte, welche die Ehefrau wegen ihres eingebrachten Heyrathsguts hat.

d) Daher heißt auch der Cessionarius Procurarator in rem suam. Daher ist nach der Lehre Brunnemanns in seinem Tractatu succincto de cessione Actionum et Versuris C. 1. n. 2. Cessio so viel als mandatum, und cedere, mandare.

e) Berger in Oec. Iur. L. 2. Tit. 5. §. 14.

§. XXX.

Der Schuldner kann sich beym Concurs seines Gläubigers auf eine fürgegangene Compensation mit Bestand Rechtens berufen.

Es ist der Natur der Compensation gemäß, daß gegenseitige Forderungen, so bald, als sie entstanden sind, durch sie aufgehoben werden. Derjenige also, der von dem Gütervertreter wegen einer Schuld belangt wird, die durch die Compensation schon längstens erlöscht ist, kann sich auf die Compensation sicher berufen, und ist eben nicht gehal-

gehalten, seine Gelder in die Gütermasse hinzugeben, sich aber seiner Forderung wegen, die er ehemals an den gemeinen Schuldner zu machen hatte, unter die andern Gläubiger lociren zu lassen *a*). Ich seze natürlich solche Fälle hier voraus, in denen die Compensation nach den Gesezen sonst zuläßig ist. Forderungen, die nicht liquid sind, werden gegen liquide niemalen aufgehoben, und ein Schuldner, dessen Gegenforderung noch unerwiesen ist, muß sichs gefallen lassen, an die Concursmasse seine Schuld abzutragen, und seines Anspruches wegen gedultig auf bessere Zeiten harren. Eben so muß ein Gläubiger, der bey der Liquidation eine Forderung angiebt, deren Verfallzeit noch nicht erschienen ist, den Bezahlungstermin abwarten, und indessen dasjenige, was er etwa selbst schuldig ist, heimzahlen *b*). Wenn also beeder Forderungen vor entstandenem Concurs schon gegründet waren, so kann die mit der Existenz eines mutui debiti und crediti verknüpfte Compensation durch den nachher ausgebrochenen Concurs nicht mehr zurücke getrieben, und dem, der durch sie ein Recht erworben hat, dasselbe nicht wieder entzogen werden. Aber da es ausserdem sich noch

zutragen kann, daß erst, während des Concurses, ein Gläubiger an die Gütermasse etwas schuldig wird, oder aber ein Schuldner des Ganthmanns derselben Geld vorschießt, so habe ich nun zu untersuchen, wie es unter diesen Umständen mit der Compensation sich verhalte.

a) Herr Hofrath Walch in der Dissertation de Compensatione creditorum in Concursu §. 12. Herr von Pufendorf in den Obs. Iur. univ. P. 1. Obs. 79. p 195.

b) J. H. Böhmer in den Consult. et Decis. Iur. T. 2. P. 1. Resp. 302.

§. XXXI.

Zergliederung des ersten Falls, wenn der Gläubiger während des Concurses an die Gütermasse etwas schuldig wird.

Ein Gläubiger übernimmt während des Concurses die Miethe einiger zur Masse gehörigen liegenden Gründe, oder kauft bey der Distraction der verschuldeten Güter einige derselben an sich, und wird also aus dem Mieth- oder Kaufcontract Pachtgelder oder Kauf-

Kaufschilling schuldig. Kann der Gläubiger, wenn der Gütervertreter diese Gelder von ihm eintreiben will, zu der Compensation hier seine Zuflucht nehmen, und sie von der Schuld abrechnen, mit welcher der gemeine Schuldner ihm verhaftet ist? Ich glaube, daß diese Frage aus denenjenigen Verhältnissen, in welchen die Gläubiger sowohl unter einander selbst, als gegen den gemeinen Schuldner, und dessen Güter stehen, am bequemsten und natürlichsten beantwortet werden könne. Durch die richterliche Einweisung ist die Verwaltung des verschuldeten Vermögens auf die sämtlichen Gläubiger dergestalt übertragen worden, daß diese nun in so weit die Stelle des Schuldners vertreten, und dessen Person vorstellen. Durch die Einweisung, wie ich oben [§. 9.] gezeigt habe, wird die unter den Gläubigern ohnehin schon durch den Concurs gewürkte Gemeinschaft noch mehr befestiget, und eine völlige Gleichheit unter ihnen, biß der Concursproceß geendiget ist, in der Massen hergestellt, daß weder der Schuldner einen mehr zu befriedigen, noch der Richter einem vor dem andern zu seiner Forderung auf irgend eine Art zu verhelfen vermag. Wegen dieser

durch die Immission über die Gläubiger verbreiteten Gleichheit ist ferner nicht einmahl ein Gläubiger vor dem andern sich einen Vortheil zu verschaffen im Stande; und wird daher auch vergeblich sich bestreben, diesen durch die Compensation zu erhaschen: Hieraus können wir also den sichern Schluß ziehen, daß wenn es noch nicht völlig ausgemacht ist, daß diesem Gläubiger ein unstrittiges Vorzugsrecht vor den übrigen zustehe, er das, was er der Masse schuldig worden, mit seiner Forderung nicht compensiren könne, sondern das schuldige Geld dem Gütervertreter einliefern, und für sich die Location vom Richter abwarten müsse *a*).

a) Hierdurch ist also die Leyserische Meinung zugleich widerlegt, nach welcher ein wahrscheinliches Vorzugsrecht schon hinlänglich ist. (si verosimili prioritate gaudeat.) **Leyser** Spec. 173. med. 4. **Berger** erfordert zur Compensation ein ungezweifeltes Vorzugsrecht, und die Gewißheit, daß die andern Gläubiger dadurch nicht Noth leiden in der Oec. Iur. L. 3. Tit. 15. §. 4. not. 5. **Walch** in der angeführten Dissertation §. 15.

§. XXXII.

Zergliederung des zweyten Falls; wenn der Schuldner des Ganthmanns nach ausgebrochenem Concurs znm Besten der Masse Geld vorgeschossen hat.

Sind die Gläubiger in die Güter bereits eingewiesen, und es streckt jemand der Masse zum Besten Geld vor, so macht diese Forderung eine Schuld der ganzen Masse aus, die nicht eher für berichtiget angesehen werden kann, als biß die Schulden abgezogen sind *a*). Daher werden auch solche Posten allen andern vorgezogen *b*). Wenn also der Schuldner solchergestalt für die Concursmasse Gelder hergegeben hat, so kann er dasjenige, was er selbst schuldig ist, mit seiner Forderung, die mit einem ungezweifelten Vorzug begabt ist, ohne Anstand compensiren, weil es eine unnöthige und für den Schuldner öfters äusserst beschwehrliche Weitläuftigkeit seyn würde, dasjenige Geld, das ihm doch wieder zugestellt werden muß, zu der Masse zu erlegen. Und wer sollte daran wohl zweifeln können, daß die Com-

pensation in denen Fällen zugelassen werden müsse, wenn ein dritter dasjenige, was er nach ausgebrochenem Concurs an die Masse schuldig worden ist, von demjenigen Capital abrechnen will, welches er zum Nuzen derselben dem Gütervertreter gelehnt hat c)?

a) C. G. Gmelin in der Ordnung der Gläubiger nach den gemeinen und Würtembergischen Rechten 2tes Cap. §. 1. p. 63.

b) Harpprecht Conf. Tub. 69. n. 34. seqq. Consult. nov. 69. n. 154. et seqq.

c) Walch in der allegirten Dissertation §. 16. und 17.

§. XXXIII.

Einige Ausnahmen von der Regel.

Ein Schuldner des Ganthmanns, wenn der Gütervertreter auf die Bezahlung seiner Schuld dringt, nimmt also zu der Compensation seine Zuflucht, und macht sich durch sie von der Bezahlung frey, wenn seine Forderung schon vor dem Concurs gegründet gewesen ist. (§. 30.) Dieses ist die Regel, die jedoch nicht ganz ohne Ausnahmen ist. Es giebt Fälle, die

ich

ich hier kürzlich auseinander sezen will, wo eine solche von dem Schuldner vorgeschüzte Compensation ohne Würkung und unkräftig ist. Wenn der Schuldner von der Erfüllung seiner Verbindlichkeit dadurch sich loßmachen wollte, daß er von chirographarischen Gläubigern, denen wenig oder gar keine Hofnung übrig bleibt, je etwas von ihrem Capital zu erhalten, die Ansprüche um ein geringes an sich handelt, um der Exception der Compensation sich hierdurch zu bemächtigen, so kann diese zum Betrug anderer Gläubiger abzweckende Handlung für diese keine nachtheilige Folgen haben *a*); Eben so wenig kann durch die Compensation ein auf einem Capital haftendes Pfandrecht vernichtet werden. Wenn daher der Schuldner, dessen Schuld einem andern schon verpfändet worden ist, nachher seinem Gläubiger Titius eine bestimmte Summe Gelds gelehnet hätte, so wird unter diesen Umständen zum Nachtheil desjenigen, der auf seiner Schuld ein Pfandrecht erworben hat, ihm die Compensation nicht zu statten kommen, sondern er muß beym Concurs des Titius den schuldigen Posten, wie es bey andern Pfändern und Hypotheken rechtens ist, zur

 Masse

Masse liefern, indessen er mit seiner Forderung zum Concurs verwiesen wird *b*). Auch da, wo der gemeine Schuldner selbst, um seine andern Gläubigern zurücke zu sezen, zu einer Compensation Gelegenheit gegeben, muß sie fruchtloß seyn. Wenn also Sempronius, der zugleich Schuldner des Ganthmanns ist, erst nach dem Verfluß einer in der Schuldverschreibung zu Gunsten des gemeinen Schuldners angesezten Zeit von diesem sein Capital erhalten soll, so kann zwar in andern Fällen, wo keine für die Gläubiger schädliche Absicht damit verknüpft, und der Schuldner der Verwaltung seiner Güter noch nicht beraubt ist, der Schuldner seines Vortheils sich begeben, und das Capital vor der Zeit heimbezahlen, oder durch eine Compensation tilgen; allein da vermittelst der Paulianischen Klage die einem dritten zum Schaden der Gläubiger nachgelassene Verbindlichkeit wieder zurücke gerufen wird [§. 14.], nach der Einweisuug der Gläubiger aber der Schuldner seinen Rechten nicht einmal mehr etwas vergeben kann, weil er in eine vollkommene Unthätigkeit versezet worden ist [§. 12.], so wird der Richter hier, mit Vorbeygehung der vorgeschüzten

Ex-

Exception der Compensation, dem Sempronius die Abtragung der zur Masse schuldigen Gelder auferlegen, wenn der Schuldner seine andern Gläubiger auf diese Art zu hintergehen trachten, oder gar zur Zeit, da er mit Aufhebung des Termins unter der Hülle der Compensation nach eine Bezahlung zu verbergen suchte, durch den Richter aus der Activität gesezet war.

a) Arg. l. 10. §. 13. ff. quae in fraud. credd. Leyser Spec. 174. med. 1.

b) Leyser am a. O.

§. XXXIV.

Anwendung der von der Compensation fürgetragenen Lehren auf die rückständigen Zinnßen.

Es bedarf kaum einer Erinnerung, daß die Compensation auch auf die Zinnßen sich erstrecke, welche zur Zeit, da auf beeden Seiten die Forderungen zur Richtigkeit gekommen sind, verfallen waren. Die Sache wird auch dadurch nicht geändert, wenn gleich in diesem oder jenem Land die Zinnße mit dem Hauptstuhl nicht in eine Classe, sondern den Forderungen aller, und so gar der chirographischen Gläubiger nachgesezet wer-

den. Der Lauff der Zinnssen hört so gleich auf, als ein mutuum debitum und creditum entstanden ist, und war dieses schon vor dem Concurs da, so kann, wann die Forderungen auf beeden Seiten gleich groß waren, hier von keiner Location der Zinnssen weiter die Frage fürfallen. Nur da, wenn die Compensation entweder die Hauptforderung des Gläubigers nur um etwas mindert, oder zwar den Hauptstuhl gänzlich aufhebt, biß auf die davon verfallenen Zinnsse aber nicht hinreicht, müssen im ersten Fall die rückständigen Zinnsse ohne Unterscheid, im zweyten aber erst alsdenn, wenn der Gläubiger den Ueberschuß der Zinnssen bey der Compensation sich ausdrücklich vorbehalten hat, so wie es sonst an dem Ort, wo der Concurs anhängig ist, die Geseze mit sich bringen, lociret werden. Denn wenn im lezten Fall, da das Capital getilgt ist, die Zinnsse keinen Gegenstand der Location beym Concurs mehr abgäben, so müßte dem Gläubiger die Compensation, anstatt daß sie ihm vortheilhaft seyn sollte, vielmehr in den meisten Fällen nachtheilig seyn, und er würde da, wo die Compensation die Hauptschuld aufhebt, die verfallenen Zinnsse, die er sonst

bezo-

bezogen hätte, verliehren. Zwar könnte man hier den Einwurf machen, daß, wenn die Hauptschuld erlöscht ist, auch der Zinnßen wegen keine besondere Klage gegeben werde. Allein da der Schuldner nicht eher gänzlich befreyet wird, als biß er seinen Gläubiger auf Heller und Pfenning befriediget hat, so muß er also auch hier wegen des Restes der Zinnßen seinem Gläubiger noch verbunden seyn, wenn dieser bey der Compensation denselben nicht nachgelassen, sondern durch eine Protestation sein Recht darauf zu erhalten gesucht hat. So viel bleibt wohl richtig, daß der Gläubiger auf den Ueberschuß der Zinnßen da stillschweigend Verzicht gethan habe, wenn er die Compensation schlechterdings, und ohne einigen Vorbehalt auf dieselben zugelassen hat; so wie er dadurch seinem Schuldner die Zinnsen nachsieht, wenn er mit dem Capital allein, ohne Zinnßen, vorlieb genommen hat.

§. XXXV.

Hebt die beym Concurs von einem Gläubiger vorgeschüzte Compensation die in der vorhergehenden oder nachfolgenden Classe locirte Forderung auf?

Wenn ein Gläubiger im Concurs Forderungen von verschiedener Beschaffenheit liquidiret hat, er hingegen dem gemeinen Schuldner gleichfalls etwas schuldig ist, so wird unter den Gläubigern darüber nicht selten gestritten, gegen welchen Posten die Schuld des Gläubigers abzurechnen sey? Den übrigen Gläubigern liegt daran, daß diejenige Forderung dagegen getilgt werde, die einen Vorzug vor der andern hat, und in der vorhergehenden Classe steht; dem compensirenden Gläubiger hingegen ist es vorzüglich darum zu thun, daß der erste Posten stehen bleibe, und der nachgesezte gegen seine Schuld ausgestrichen werde. Wenn durch die Einweisung der Gläubiger der Schuldner der Verwaltung seines Vermögens nicht entsetzet, und hierdurch in Ansehung desselben nicht gänzlich unthätig gemacht wor-

worden wäre [§. 9.]; so hätte er das Recht zu bestimmen, welche von den mehreren Schulden, womit er seinem Gläubiger verhaftet ist, durch die Compensation ausgelöscht seyn soll *a*), so wie er unter mehrern Schuldposten nach seinem Belieben einen heimbezahlen kann *b*). Allein, wie er zu dieser Zeit niemand mehr gültig eine Bezahlung zu leisten vermag, so fällt nun auch die Wahl hinweg, die er in einer andern Lage unter verschiedenen Schulden eines Gläubigers in Rücksicht auf die Compensation hätte treffen können. Dem gemeinen Schuldner, der um seine sämtlichen Gläubiger zu befriedigen, nun von allen Mitteln entblößt ist, muß es in diesen Umständen gleichgültig seyn, welches Capital zur Compensation gezogen wird. Von seiner Seite fällt also in so weit hier das Interesse, und mit dem Abgang desselben auch die Befugniß, den zu compensirenden Schuldposten anzuzeigen, gänzlich hinweg. So werden also die übrigen Gläubiger, die bey der Sache das größte Interesse haben, in die Stelle des Schuldners eintreten, und ein Recht ausüben, das diesem sonst zustunde? Auf diese Weise aber würde die Gleichheit gehoben,

ben, die unter den Gläubigern durch die Immission gewürkt worden ist [§. 9.]. Der Gläubiger, dem die Compensation entgegen gesezt worden, müßte demnach den andern Gläubigern auf seine Forderungen mehr Rechte einräumen, als er selbst hätte, er, dessen Forderung, wenn sie auch eine simple Forderung nur ist, und in die Classe der chirographarischen Gläubiger geworfen wird, mit einer vor ausgebrochenem Concurs entstandenen Gegenforderung seines Schuldners ohne Anstand compensiret wird [§. 30.]. Wenn also weder der gemeine Schuldner, noch die übrigen sämtlichen Gläubiger nach den geführten Beweisen zum Nachtheil des compensirenden Gläubigers hier etwas verfügen können, so kann dieser, wenn der Schuldner oder der Concursvertreter auf eine Compensation sich berufen, der von Seiten des Schuldners oder der Gläubiger dagegen eingelegten Protestationen ohngeachtet, hierbey erinnern und verlangen, daß nicht das vorzügliche, sondern schlechtere Capital zum Gegenstand der Compensation genommen werden solle.

a) Arg. l. 4. C. de solut. Mevius P. 1. Dec. 116.

b) l. 1. ff. de ſolut. Quotiens quis debitor ex pluribus cauſis unum debitum ſovit, eſt in arbitrio ſolventis dicere, quod potius debitum voluerit, et quod dixerit, id erit ſolutum.

c) Berger in Supplem. ad Elect. Diſcept. forenſ. P. 2. p. 331.

§. XXXVI.

Der Fiſcus kann bißweilen das Geld, das ſein Schuldner einem nachgehenden Gläubiger ausgezahlt hat, von dieſem wieder zurücke fordern.

Wenn ich oben [§. 18.] geſagt habe, daß vor eingelegtem gerichtlichen Verbot der Schuldner noch eine gültige Bezahlung zu leiſten vermöge, daß die übrigen Gläubiger darüber ſich zu beſchwehren keine gegründete Urſache haben, und der Gläubiger, welcher die Summe empfangen, nichts mehr davon zurücke zu geben angehalten werden könne: ſo muß doch bey einem fiſcaliſchen Schuldner in gewiſſen Fällen dißfalls eine Ausnahme gemacht werden. In den l. 18. 19. 20. und 21. ff. de Iur. fiſci, beſonders aber in der l. 1. C. de priv. fiſci iſt dem Fiſcus

das

das besondere Recht mitgetheilt worden, daß er, wenn ein Gläubiger seine Forderung von dem Schuldner erhalten hatte, der Fiscus aber, weil eben dieser Schuldner um sein Vermögen gekommen war, zu dem seinigen nicht mehr gelangen konnte *a*), von jenem Gläubiger das empfangene Geld, jedoch ohne Zinnssen *b*), wieder herauspressen konnte *c*). Vielleicht aber, wenn wir die Sache näher betrachten, liegt hier kein besonders Privilegium des Fiscus zum Grund, sondern der Fiscus fordert sein Geld mit einer ordentlichen Klage, wie Cujacius lehrt *d*), mit der hypothekarischen zurücke? Nach den Gesezen *e*) ist überdiß bekanntlich der Fiscus ein hypothekarischer Gläubiger, und hat in den Gütern seines Schuldners allezeit ein stillschweigendes Unterpfand. Vermöge dieses allgemeinen Unterpfands wird er also auch die hypothekarische Klage wider denjenigen erheben, der von dem Schuldner eine Summe Geldes, die ein Theil der allgemeinen Hypothek ist, empfangen hat? Wenn der Fiscus zeigen könnte, daß der Gläubiger das nemliche Geld in specie noch in Händen hätte, das ihm der Schuldner gegeben hat, so ist kein Zweifel, daß

nicht

nicht der Fiscus mit der hypothekarischen Klage von dem Gläubiger diese Gelder zurücke zu fordern berechtiget wäre. Aber davon ist in der l. 18. §. 10. ff. de iure fisci die Rede nicht. Das Recht des Fiscus wird da so weit ausgedehnt, daß auch der Gläubiger, wenn er das Geld nicht mehr hat, [cum consumeret] es dem Fiscus wieder zustellen muß. Der Fiscus fordert es, wie die l. 5. C. de priv. fisci deutlich besagt, mit einer ausserordentlichen Klage *f*) zurücke. Inzwischen bringt es die Natur der Sache mit sich, daß, wenn der Gläubiger das Geld abgegeben hat, die durch die Bezahlung aufgehobene Klagen sowohl, gegen den Hauptschuldner *g*) als den Bürgen *h*) ihm wieder hergestellt werden müssen. Auch wird der Gläubiger in das ihm zuvor zuständige Pfandrecht wieder eingesezet *i*).

a) Dieses steckt, wie Cujacius bey der l. 19. ff. de jure fisci angemerket hat, unter den Worten der l. 1. C. de priv. fisci: ex justa causa. Vt puta, sagt Cujacius, si debitor non habeat, unde fisco satisfaciat.

b) l. 19. ff. de jure fisci. l. 5. C. de priv. fisci.

c) Papinian machte nach der l. 18. §. 10. ff. de iure fisci einen Unterscheid, ob der Gläubiger, da der Schuldner das Geld heimbezahlt, oder ehe jener es wieder ausgegeben hat, gewußt habe, daß auch der Fiscus an diesen Schuldner eine Ansprache zu machen habe, oder ob er es nicht gewußt habe. Im ersten Fall giebt er dem Fiscus wider den Gläubiger die Klage, im zweyten aber nicht. Marcianus hingegen, der Urheber des Gesezes, hebt diesen Unterscheid gänzlich auf, und sagt schlechterdings, daß das heimbezahlte Geld einem dem Fiscus nachgehenden Gläubiger wieder abgenommen, und dem Fiscus zugewendet werden müsse.

d) ad tit. C. de priv. fisc.

e) l. 46. §. 3. ff. de iure fisci. ibi. fiscus semper habet ius pignoris. l. 1. et 2. C. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur.

f) Extraordinario iure recuperatum, nachdem nemlich der Prätor oder Präses die Sache untersucht hatte.

g) In der l. 18. §. ult. heißt es: Et postea quidem principes directam actionem competere, ablata pecunia, rescripserunt, ut et MARCELLVS lib. sept. Digestorum scribit.

h) l. 20.

h) l. 20. ej. sed revocata pecunia in fideiussorem liberatum utilis actio dabitur.

i) l. 21. ej.

§. XXXVII.

In dem Bayreuthischen hebt erst der vom Richter förmlich eröfnete Concurs den Lauf der Zinnssen auf.

In den römischen Gesezen *a*) ist es deutlich entschieden, daß durch den Concurs der Lauf der Zinnssen nicht gehemmet werden soll, sondern daß sie biß auf den Tag der Bezahlung dem Gläubiger abgereicht werden müssen *b*). Durch das Brandenburg-Culmbachische Recht hingegen ist vollkommen das Gegentheil in dem Marggrafthum Bayreuth eingeführt, und zu einer allgemeinen Richtschnur fürgeschrieben worden, daß nach eröfnetem Concurs sowohl von Seiten des Schuldners, als der Gläubiger unter einander, der Lauf der Zinnssen aufhören solle. Um diese Sache ausser allen Zweifel zu sezen, so will ich die hieher gehörige Stelle aus dem Edict des

 Höchst-

Höchstseeligen Herrn Marggrafen Friederichs d. d. Bayreuth den 8ten May 1743. hersezen *c*). Es heißt im §. 3. unter andern: So bald ein *debitor bonis* cediret oder dessen *status activus et passivus judicialiter* beschrieben, und sich daraus veroffenbaret, daß sein Vermögen von denen *passivis* überstiegen wird; ist jenes denen *Creditoribus* dergestalten verhaftet, daß *Debitor* nicht mehr befugt, von demselben etwas zu veralieniren, oder einem *Creditori* besonders davon was zuzueignen; gestalten auch jedes Orts Amtsobrigkeit, wo der Concurs formiret wird [so *regulariter judex domicilii* ist,] dahin zu trachten hat, daß solches Vermögen alsobald in ein richtig *Inventarium* gebracht, dem *debitori* aus dem Besiz genommen, ein *Curator bonorum* darüber bestellet, und diesem die Administration übergeben werde. *Quo facto cursus usurarum*, sowohl *respectu debitoris* als *Creditorum inter se d*) und dieses aus erheblichen Ursachen sistiret ꝛc. Jedermann siehet aus dem Zusammenhang der Worte des

Gesezes gleich ein, daß ein förmlicher Concurs im Gesez vorausgesezt werde. Erst alsdenn, wenn über das Vermögen des Schuldners ein Inventarium errichtet worden, wofür jedes Orts Amtsobrigkeit, wo der Concurs NB. **formiret** wird [so regulariter judex domicilii ist] zu sorgen hat; wenn ferner das Vermögen dem Schuldner aus dem Besiz genommen, und dem Gütervertreter übergeben worden ist, sollen die Zinnsse zu laufen aufhören. Also erst mit dem förmlichen Concurs äussert sich diese Würkung, und sie kann dem Concurs überhaupt um so weniger früher beygelegt werden, weil Geseze, durch welche die vorhergehenden verbessert werden, immerdar im engsten Verstande genommen werden müssen. *e*). Und aus eben diesem Grund kann auch die Verordnung des Höchstseeligen Herrn Marggrafen Georg Wilhelm vom 16ten Sept. 1722. *f*) durch welche die Location der Zinnssen im Ganth bestimmt wird, offenbar nur auf den förmlichen Concurs angewendet werden. Aus diesen Grundsäzen hat auch die hiesige Juristenfacultät iu Sachen des Cammercommissarius von Neumaier wider die Bürkneri-

nerischen Relicten und deren intervenirende Gläubiger gesprochen.

a) l. 18. ff. qui potiores in pignore. Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus: eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit: Quaero, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse:

b) Leyser Spec. 428. med. 11. et 12.

c) Dieses Edict ist im Corpore Const. Brand. Cumb. P. 2. Tit. 1. C. 5. S. 1. Inters. 7. befindlich.

d) Ich vermuthe, daß der unsterbliche Gesezgeber deßwegen so bestimmt sich ausgedrückt, und den Schuldner sowohl als die Gläubiger besonders im Edict angeführt habe, weil berühmte Rechtsgelehrte, wie z. E. Mevius zwar den Schuldner nach der Güterabtretung von den fortlaufenden Zinnssen freysprechen, aber dabey ausdrücklich lehren, daß sie unter den Gläubigern selbst dennoch fortlaufen.

e) Lex Correctoria stricte interpretanda. Quod mutatum non est cur stare prohibeatur?

f) Tit. 2. §. 14. Diese Verordnung steht in dem Corp. Const. Brand. Culmb. P. 2. Tit. 1. C. 5. S. 1. Die Worte davon lauten so: Alldieweilen auch durch langwieriges Nachwarten mit Einforderung der Zinnssen dem Debitori gemeiniglich mehr geschadet als genuzet, und er dadurch nur noch tiefer in Schulden versenket wird: nebst dem einem baar vorgeliehenen Capital ohnehin mehrers, als den aufgeschwollenen Zinnssen zu favorisiren seyn will; so sollen zwar bey entstandenen Concurse die rückständigen Zinnssen in eben die Classe, worein das Capital gehörig, lociret, iedoch aber mehr nicht, denn die jüngsten oder leztern drey Jahre, die übrigen und vorigen aber nicht ehender, dann biß alle Capitalia, ob sie schon chirographaria wären, hintangerichtet worden, passiret werden. Eine ähnliche Vorschrift enthält die Königlich Preussische Concurs- und Hypothekordnung §. 127. Freyherr von Cramer in den Obs. Iur. Vniv. T. 4. Obs. 1202. p. 613.

§. XXXVIII.

Die Eintheilung des Concurses in den förmlichen und materiellen ist nicht logisch richtig.

Aus allen dem aber, was ich bißher vom Concurs überhaupt fürgetragen habe, können wir den Schluß ziehen, daß die Eintheilung des Concurses in den förmlichen und materiellen nicht logisch richtig ist. Der förmliche Concurs ist keine vom materiellen verschiedene Gattung; der förmliche Concurs, in so weit er Concurs ist, kommt mit dem materiellen in allen Theilen vollkommen überein. Er heißt nur in so weit förmlich, als er vom Richter auf verschiedene Art modificiret wird. Und aus dieser Modification entspringen denn die mancherley Würkungen, welche ich erzehlet habe. Eigentlich sollte der Concurs schon förmlich genennet werden, so bald der Richter die Gläubiger in den Besiz der verschuldeten Güter einsezt, sie sequestrirt, oder mit Arrest belegt, allein die Rechtsgelehrten fangen den förmlichen Concurs erst mit der Edictalcitation an, vermuthlich deßwegen,

weil diese ihm noch die beträchtlichsten Eigenschaften beylegt, und er durch diese, so zu sagen, seine eigenthümliche Gestalt erhält.

§. XXXIX.

Die Unterschiede des förmlichen und materiellen Concurses werden erzählt.

Und nun muß ich auch noch kürzlich die Unterschiede des förmlichen und materiellen Concurses berühren. Aus dem schon gesagten können sie leicht angegeben werden. 1) Der förmliche Concurs ist durch die vom Richter an alle Gläubiger erlassene Edictalcitation allgemein worden, der materielle Concurs aber bleibt immer noch in den Schranken eines besondern Concurses inne stehen, daher hat 2) dieser keine anziehende Kraft, wie jener, und zerstört die Litispendenz anderer Rechtssachen nicht, und wird auch aus eben diesem Grund 3) nicht in dem foro domicilii verhandelt, wohin doch der förmliche Concurs seiner Natur nach *a*) gehört; nicht weniger giebt

4) der materielle Concurs nicht allen Gläubigern b) das Recht, schädliche Veräusserungen zurücke zu rufen, sondern kömmt nur denjenigen zu statten, die bey dem Richter wider den Schuldner geklagt, und hierdurch über ihre Rechte gewacht haben; nach förmlich eröfnetem Concurs aber können sämtliche Gläubiger oder in ihrem Namen der Gütervertreter die Paulianische Klage anstellen, ferner sezt 5) der materielle Concurs den Gemeinschuldner nicht gleich ausser aller Thätigkeit, sondern die Macht sein Vermögen zu verwalten wird ihm erst durch das gerichtliche Verbot entzogen, daher kann 6) der Schuldner auch bey schon entstandenem materiellen Concurs bißweilen noch gültig über seine Güter mit andern Verträge errichten, und sie sogar veräussern, obgleich in gewissen Fällen die zum Nachtheil der Gläubiger abzweckende Handlungen von dem Richter wieder umgestossen werden; da hingegen alles dasjenige, was der Schuldner nach förmlich eröfnetem Concurs in Rücksicht seines Vermögens fürnimmt, schlechterdings nichtig und ungültig ist; So kann er weiters 7) wenn gleich der materielle Concurs sichtbar ist, ehe die Gläubi-

ger in den Besiz seiner Güter eingesezt sind, einem Gläubiger seine Schuld noch heimbezahlen, oder ihm zur Sicherheit eine Hypothek verschreiben, ohne daß die übrigen deßwegen sich zu beschwehren Ursache hätten, wenn nur keine Begünstigung dabey mit unterläuft, nach förmlich eröfnetem Concurs aber ist er ganz ausser Stand, auch nur den geringsten Vortheil noch einem Gläubiger zuzuwenden. Endlich 8) liegt auch nach den Bayreuthischen Rechten darinnen noch ein Unterscheid zwischen dem förmlichen und materiellen Concurs, daß erst, wenn jener vorhanden ist, aller Lauf der Zinnssen gänzlich gehemmt wird.

a) Das forum domicilii ist ein allgemeines forum, in welchem alle und jede Klagen wider den Schuldner erhoben werden können. Lauterbach im Colleg. Pand. Theor. Pract. Tom. I. L. 5. Tit. I. §. 46.

b) Ausser wenn die Gläubiger in die Güter eingewiesen, oder diese mit Arrest beschlagen worden wären.

§. XL.

§. XL.

Bißweilen bricht der materielle Concurs nicht förmlich aus.

Nicht selten geschiehet es, daß der materielle Concurs wieder verschwindet, und nicht in den förmlichen ausbricht. So kann der Schuldner, wenn er durch einen Anstandsbrief auf eine Zeitlang gegen die Anfälle seiner Gläubiger gesichert wird, unterdessen sich nach und nach erhohlen, und hierdurch wieder in den Stand gesezet werden, alle seine Gläubiger zu befriedigen. Eben so wird durch einen Nachlaß, [pactum remissorium] den entweder alle Gläubiger, oder auch nur einige derselben dem Schuldner bewilligen, dem förmlichen Concurs vorgebeugt, bey welchem der Richter und Advocaten ohnehin den besten Theil davon tragen.

Innhalt.

§. 1. Der Begrif des Concurses der Gläubiger wird entwickelt. Seite 7
2. Die verschiedenen Meynungen der Rechtsgelehrten über den Anfang des Concurses werden erzählt. 11
3. Der Concurs fängt an, so bald mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben. 13
4. Die Beschreibung des materiellen Concurses. 16
5. Der förmliche Concurs nimmt erst mit der Edictalcitation seinen Anfang. 19
6. Durch die Abtretung der verschuldeten Güter werden die Gläubiger nicht Eigenthümer derselben. 21
7. Der heutige Concursproceß ist seiner Form nach von dem römischen ganz verschieden. 24
8. Der materielle Concurs ist ein besonderer Concurs (concursus particularis) 25
9. Der Concurs erzeugt eine Gemeinschaft unter den Gläubigern. 27
10. Die verschiedenen Rechte, welche bey dem Concurs angetroffen werden, müssen sorgfältig von einander abgesondert werden. Die wesentliche Eigenschaften des Concurses sind in der unter den Gläubigern eingeführten Gemeinschaft gegründet. 30

§. 11.

§. 11. Die Grenzen dieser Gemeinschaft werden bestimmt. Seite 32
12. Nicht gleich nach entstandenen materiellen Concurs wird der Schuldner in Rücksicht seines Vermögens ausser Thätigkeit gesezt. 36
13. Daher können auch nach entstandenen Concurs fürgenommene Veräusserungen bißweilen ein Gegenstand der Paulianischen Klage seyn. 38
14. Die Paulianische Klage sezt nicht nothwendig einen Concurs der Gläubiger voraus. 40
15. Umständlichere Beschreibung der Paulianischen Klage. 43
16. Der Schuldner muß sein vor der Cession besessenes Vermögen so weit es ihm möglich ist, specificiren, und dasjenige davon besonders anzeigen, was er auf die Seite gebracht hat. 48
17. Auflösung eines Zweifels wider die fürgetragenen Lehren, und Erklärung der l. 9. D. de his, quae in fraud. credd. 51
18. In wie fern der Schuldner nach entstandenem Concurs noch bezahlen könne? wird entschieden. 57
19. Das was ein Gläubiger durch besondere Begünstigung von dem Schuldner bezahlt erhalten hat, kann mit der Paulianischen Klage zurücke gefordert werden. 61
20. Die nach dem gerichtlichen Verbote von dem Schuldner veräusserte Sachen werden von den Gläubigern vindiciret. 63
21. Der materielle Concurs erzeugt unter den

Gläu-

Gläubigern, die ihrer Schuldforderungen wegen bey dem Richter sich gemeldet haben, eine Connexität. Seite 66
§. 22. Eine andere Würkung dieser Connexität, als diejenige, welche im vorhergehenden Paragraphen erörtert worden. 71
23. Aus dem Concurs entspringt ohnmittelbar das Recht der Intervention. 73
24. Der Concurs hemmt den executivischen Proceß. 75
25. Fortsezung dieser Lehre. 78
26. Erörterung der Frage: Hört durch den Concurs das Retentionsrecht der Pfandgläubiger auf? 81
27. Auflösung der fürgelegten Frage. 83
28. Fortsezung derselben. 86
29. Untersuchung der Frage: ob nach entstandenen Concurs das Pfandrecht an einen andern abgetreten werden könne? 89
30. Der Schuldner kann sich beym Concurs seines Gläubigers auf eine fürgegangene Compensation mit Bestand Rechtens berufen. 96
31. Zergliederung des ersten Falls, wenn der Gläubiger während des Concurses an die Gütermasse etwas schuldig wird. 98
32. Zergliederung des zweyten Falls; wenn der Schuldner des Ganthmanns nach ausgebrochenem Concurs zum Besten der Masse Geld vorgeschossen hat. 101
33. Einige Ausnahmen von der Regel. 102

§. 34. Anwendung der von der Compensation fürgetragenen Lehren auf die rückständigen Zinnsse. Seite 105

35. Hebt die beym Concurs von einem Gläubiger vorgeschüzte Compensation die in der vorhergehenden oder nachfolgenden Classe locirte Forderung auf? 108

36. Der Fiscus kann bißweilen das Geld, das sein Schuldner einem nachgehenden Gläubiger ausgezahlt hat, von diesem wieder zurücke fordern. 111

37. In dem Bayreuthischen hebt erst der vom Richter förmlich eröfnete Concurs den Lauf der Zinnsen auf. 115

38. Die Eintheilung des Concurses in den förmlichen und materiellen ist nicht logisch richtig. 120

39. Die Unterschiede des förmlichen und materiellen Concurses werden erzählt. 121

40. Bißweilen bricht der materielle Concurs nicht förmlich aus. 124

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gmelin, Christian Gottlieb,

Die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger in ihrem Zusammenhange aus den ächten Grundsäzen vorgetragen

Erlangen 1775

J.pract. 83 z
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554104-4
VD18 11157259-001